LUIS LEGAZ y LACAMBRA

Profesor de la Universidad de Zaragoza

KELSEN

**studio crítico de la teoría pura del De-
echo y del Estado de la Escuela de Viena**

Prólogo de

LUIS RECASÉNS SICHES

Catedrático de la Universidad de Madrid



LIBRERÍA BOSCH

Ronda de la Universidad, 11

BARCELONA / 1933

K E L S E N

ESTUDIO CRÍTICO DE LA TEORÍA PURA DEL DERECHO Y DEL ESTADO DE LA ESCUELA DE VIENA

OTRAS PUBLICACIONES DEL AUTOR

Filosofía realista y Derecho natural, Revista UNIVERSIDAD, Zaragoza, 1928.

La validez del Derecho internacional (Estudio de teoría jurídica pura), Revista UNIVERSIDAD, Zaragoza, 1931.

En torno al eterno problema del Derecho natural (Comentarios sobre algunos aspectos de la más reciente Filosofía jurídica francesa), Revista UNIVERSIDAD, Zaragoza, 1932.

Die Hauptrichtungen in der Rechts-, Staats- und Sozialphilosophie in Spanien, ARCHIV FÜR RECHTS- UND WIRTSCHAFTSPHILOSOPHIE, Band XXVI, Heft 1 (octubre 1932).

Die ontologische Grundlage der reinen Rechtslehre. Eine Betrachtung über die Beziehungen zwischen Rechtswissenschaft und Rechtsphilosophie, ZEITSCHRIFT FÜR ÖFFENTLICHES RECHT, Band XII, Heft 5 (diciembre 1932).

TRADUCCIONES

WILHELM SAUER, *Tratado de Filosofía jurídica y social,* con prólogo y una amplia nota adicional acerca de *Las tendencias dominantes en España en Filosofía jurídica y política,* Barcelona, Labor, Enciclopedia de ciencias jurídicas y sociales, 1933.

EN PRENSA

El Estado de Derecho en la actualidad. Una aportación a la teoría de la juridicidad. Madrid, Reus.

EN PREPARACIÓN

La filosofía jurídica de Francisco Suárez.
Filosofía del Derecho.

TRADUCCIONES

KELSEN, *Teoría general del Estado.*

LUIS LEGAZ Y LACAMBRA
Profesor de la Universidad de Zaragoza

KELSEN

Estudio crítico de la teoría pura del Derecho y del Estado de la Escuela de Viena

Prólogo de

LUIS RECASÉNS SICHES
Catedrático de la Universidad de Madrid

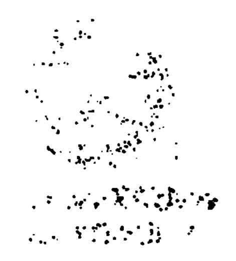
LIBRERÍA BOSCH
Ronda de la Universidad, 11
BARCELONA / 1933

)

NES

Imprenta Clarasó; Villarroel, 17. — Barcelona

A la memoria adorada
de mi madre.



PRÓLOGO

El autor y el editor de este libro — ambos amigos muy estimados — me han expresado su deseo de que escriba unas palabras de prólogo. En verdad no es preciso, porque Luis Legaz Lacambra es ya conocido con aprecio por otras publicaciones suyas recientes; la "Librería Bosch" está justamente acreditada como una de las editoriales de mayor solvencia y acierto en obras jurídicas, y, además, el tema de este trabajo es tan sugestivo que por sí solo ha de despertar vivo interés.

Por otra parte, yo he escrito ya en varias ocasiones, abundantes páginas de exposición, comentario y controversia sobre las doctrinas de Kelsen y de su escuela (1). Sin embargo correspondo de buen grado al requerimiento amistoso y al propio tiempo a la incitación del asunto. Ahora bien; a un libro extenso y minucioso, corresponde un prólogo breve. Si algún lector, por ventura, se sintiese interesado por un mayor desarrollo de mis opiniones, puede hallarlas expuestas con amplitud en otros estudios míos.

(1) En mis publicaciones: *La Filosofia del Diritto in Germania. Suo stato alla fine del primo quarto del secolo XX*, Roma, 1928; *Prólogo* a la traducción española del Compendio esquemático de una Teoría General del Estado de Hans Kelsen, Barcelona, 1928; *Direcciones contemporáneas del pensamiento jurídico* (La Filosofía del Derecho en el siglo XX). Manual de la Colección Labor, 1929, principalmente capítulos I y V; *Extensas adiciones* a la traducción española de la "Filosofia de Del Vecchio", 2 tomos, Barcelona, 1929 y 1930; *Estado y Derecho. El problema acerca de si son distintos o bien una sola e idéntica entidad*, inserto en Studi filosofico-giuridici dedicati al Prof. Giorgio Del Vecchio, año 1931; *La unitat de la construcció jurídica i el Dret internacional*, inserto en la Miscelánea Patxot, Barcelona, 1931; *Misión y perspectiva de la Filosofía del Derecho*, Barcelona, Bosch, 1933 (próximo a aparecer).

* * *

Si se contempla en perspectiva el pensamiento jurídico de los últimos veinticinco años, aparece la doctrina de Kelsen como el centro a cuyo alrededor se ha polarizado el desarrollo de la teoría fundamental del Derecho. No ciertamente sólo de modo pacífico, por vía de progresiva adhesión a las ideas kelsenianas, sino más bien en agitada controversia. Así ocurre que en todos los temas de la teoría fundamental del Derecho y en cuantos escritores actuales los tratan, hállase la discusión en torno al planteamiento que les ha dado Kelsen y su escuela. Lo cual nada tiene de extraño, pues sea cual fuere el juicio teórico que se pronuncie sobre la "Doctrina pura del Derecho" de Kelsen, fuerza es reconocer que constituye el primer ensayo en grande de una teoría de la Ciencia jurídica, con método riguroso y sobre plan sistemático. Aunque Kelsen — profesor de *teoría general del Estado* — dedica principalmente su atención a temas de Derecho público (2) su obra rebasó desde los primeros momentos este ámbito, proyectándose sobre el área total de lo jurídico. Y yo me atrevo a decir, tras años de meditación, que la labor de Kelsen y de sus discípulos no es tanto una *Teoría general del Estado,* sino más bien un gran ensayo de *Teoría fundamental del Derecho.* Claro es que para Kelsen resultan equivalentes, o aun más, idénticos ambos cometidos; por la sencilla razón de que, según él, Estado y Derecho son una misma cosa, conceptos plenamente iguales que designan el mismo objeto. Pero, cabalmente, ahí está el punto más flaco y vulnerable de la construcción kelseniana: y así ella no puede colmar el programa de una teoría *general* del Estado, porque en ésta han de tener cabida preferente los supuestos metajurídicos (o si se quiere, metaestatales) que fundamentan, condicionan y explican el Estado como orden jurídico. Aun cuando se admita que, en términos estrictos, para el jurista coinciden Estado y Derecho, que el Estado agota su realidad en el orden jurídico deberá, sin embargo, reconocerse

(2) Bien puede decirse así, a pesar, y salvando el hecho, de que Kelsen rechace la tradicional división del campo jurídico en público y privado.

que el Estado como orden jurídico tiene supuestos *de hecho* y supuestos *ideales:* una voluntad unitaria de convivencia — factores sociológicos — y un sentido de valoración — político. — El Estado-Derecho existe gracias a estas dos dimensiones (hechos sociales de voluntad predominante; y concepción política); a ellas debe su fisonomía concreta en cada caso; y sin ellas no podría subsistir. Aunque se las considerara, al modo kelseniano, trascendentes al Derecho (como orden normativo), esto es, metajurídicas *sensu stricto,* no deben ser desalojadas de una *Teoría general del Estado* ni de una *Filosofía del Derecho,* porque Estado y Derecho sólo son integral y radicalmente comprensibles merced a esos supuestos. He aquí el motivo principal de la enorme oposición suscitada por la obra kelseniana entre los profesores de teoría del Estado. Pero es justo añadir que aún en ese aspecto negativo, ha sido fecunda la especulación de Kelsen, porque nos ha obligado a sus contradictores a replantearnos con rigor, antes no empleado, los problemas radicales de los fundamentos y supuestos del Estado.

Pero si la "Doctrina pura del Derecho" no puede satisfacer el apetito de totalidad, de integridad de una *Teoría general del Estado* y de una *Filosofía del Derecho,* ha rendido, en cambio, efectivos servicios a la *Teoría fundamental de los conceptos jurídicos formales a priori,* que son armazón esencial de toda ciencia jurídica; al estudio de la noción universal de lo jurídico y del séquito de conceptos formales que tienen una validez universal para todo lo jurídico, esto es, al estudio de la esencia determinante del Derecho, y de las formas esenciales en que todo lo jurídico ha de de presentarse necesariamente. Pues bien, en la investigación del *a priori formal del Derecho,* el pensamiento de Kelsen ha contraído méritos estimables, ha proyectado clara luz sobre los problemas de la estructura lógica de la norma jurídica y ha actuado como sana corriente depuradora, dentro del campo de la ciencia del Derecho. Constituye un magno esfuerzo para acabar con los embrollos de palabrería tan frecuentes en todas las producciones de la ciencia jurídida, incluso en las de los más eximios maestros: es un intento de construir las disciplinas jurídicas, con mayor precisión mental y con sistemática más cer-

tera.. Aun no se han extraído, ni con mucho, todas las beneficiosas consecuencias de la "Doctrina pura del Derecho" para las ciencias jurídicas particulares. Cuando se aplique a fondo, a la dogmática del Derecho civil, mercantil, etc., la armazón conceptual de la doctrina pura del Derecho y la teoría del Derecho posible, se operará en aquellas disciplinas una revolución auténticamente renovadora. Para el jurista *sensu stricto,* en su función rigurosa de mero jurista, que se ocupa sólo de entender, interpretar, sistematizar y aplicar las normas de Derecho positivo; sin preocuparse de lo que hay más allá de ellas, la metodología kelseniana rendirá grandes servicios.

Pero la "Teoría pura del Derecho", aun considerada estrictamente como tal, sin pretensiones más ambiciosas, lleva en su versión kelseniana una honda crisis. De un lado, es el intento de mayor alcance y pulcritud para llenar el programa de una teoría general del Derecho como estudio del *a priori* formal de lo jurídico, y así lo han reconocido, incluso sus más destacados adversarios, al ocuparse obsesionantemente de ella con larga extensión. Mas, por otra parte, la teoría jurídica pura de Kelsen se apoya en su nacimiento sobre un complejo de pensamientos neokantianos que hoy han perdido vigencia. El movimiento neokantiano — en sus varias modalidades — sirvió en la Filosofía del Derecho, como sucediera en el campo de la Filosofía general, para liquidar el empirismo positivista y restaurar la problemática auténticamente filosófica. Pero una vez que la mente de nuestro tiempo recobró el contacto con las cuestiones filosóficas — gracias principalmente a las floraciones del neokantismo — comenzó a sentirse estrecha, oprimida, por los límites de éste; sintió la necesidad de llegar a una nueva Metafísica; la urgencia de evadirse de la prisión del subjetivismo trascendental. Y así la vanguardia filosófica de nuestro tiempo ha conseguido en frases sucesivas, superar el régimen neokantiano. Ahora bien, la Teoría jurídica de Kelsen toma como paradigma para la Doctrina general del Derecho la "Crítica de la razón pura" de Kant; y el método jurídico forma homóloga pareja con el método trascendental. Del mismo modo que para Kant el sujeto (la forma del conocimiento) produce o determina el objeto, para Kelsen,

el conocimiento normativo produce o determina el Derecho o Estado; y así, Estado o Derecho, aparecen como producto de la construcción jurídica, como resultado del método jurídico.

Frente a este supuesto, que late en la obra de Kelsen, yo estimo que es preciso libertar la teoría fundamental del Derecho de esa concepción subjetivista-trascendental de los neokantianos. Creo que hoy debemos situar con más exactitud y fecundidad los temas básicos de la teoría pura o fundamental del Derecho, el problema del concepto de lo jurídico y sus cuestiones subsiguientes. Sigo creyendo que su cometido consiste en la indagación del *a priori* del Derecho, pero, bien entendido, que el campo de lo *a priori* se presenta incalculablemente más rico y con un sentido muy diverso del que le atribuyeron los neokantianos, y que el carácter formal no tiene una significación absoluta, sino solamente relativa. Así, al buscar la esencia del Derecho, y del séquito de conceptos fundamentales que le acompañan, no los consideraremos como formas de nuestra mente, que proyectadas sobre materiales informes constituyen o producen el *objeto jurídico,* sino como esencias objetivas, como objetos ideales con estructura y consistencia en sí mismos, como la esencia de lo jurídico — y de sus modalidades — que se da presente en todos sus casos. La prioridad en el intento de llevar a cabo un programa análogo al que acabo de esbozar, corresponde a los ensayos de Félix Kaufmann y de Fritz Schreier, ambos justamente discípulos de Kelsen, pero, a la vez, devotos entusiastas del gran filósofo Edmundo Husserl; ellos han tratado de conservar muchos resultados de la teoría jurídica pura de Kelsen; pero los despojan de su fundamentación neokantiana, los enraizan en la Lógica de Husserl y los reelaboran por el método fenomenológico.

Quien hoy se interese, pues, por los asuntos de Teoría general del Derecho y del Estado, habrá de tener en cuenta los problemas suscitados por la doctrina de la escuela kelseniana. Y para tal objeto, rendirá fecundo servicio este libro, tan copioso en información, de Luis Legaz Lacambra. Yo le sugerí, hace algunos años, este estudio que ha llevado a cabo por cierto con gran provecho y brillantez.

Ahora bien, adviértase que la Filosofía jurídica nunca puede quedar agotada en una mera Teoría fundamental del Derecho – sea cual fuere la orientación que a ésta se dé. — Ella constituye sólo uno de los temas de la consideración filosófica sobre lo jurídico.

Se acepta generalmente que la Filosofía del Derecho busca la verdad última e íntegra de lo jurídico. Así como la Filosofía se hace problema total del Universo, así el punto de vista filosófico aplicado al Derecho, toma el mundo de lo jurídico como constituyendo una unidad total y se plantea con respecto a él los problemas radicales del mismo, que, naturalmente, jamás pueden ser resueltos por las disciplinas particulares: convierte lo jurídico en una cuestión o problema en todas direcciones; y así fluyen los siguientes interrogantes: a) sobre la determinación de los elementos *a priori* esenciales del Derecho y sobre sus modos de existencia (vigencia): *Teoría fundamental;* b) sobre la justificación de los contenidos del Derecho y su idea orientadora: *Teoría de la valoración jurídica,* y c) sobre qué clase de *ser* entraña el Derecho, o determinación óntica del mismo: *Ontología jurídica.* Dentro de esta arquitectura de la Filosofía del Derecho, la Teoría fundamental ocupa el primer tema.

Esa concepción de la Filosofía del Derecho responde a una aplicación del punto de vista filosófico al mundo de lo jurídico: toma el mundo de lo jurídico como un universo aparte e indaga sus problemas radicales. Es como una traducción en miniatura al campo de lo jurídico de lo que la Filosofía pura hace con el Universo entero: el apetito de plena integridad de ésta lo proyecta limitadamente a un sector del mundo, a lo jurídico. La Filosofía pura quiere ser la ciencia universal y absoluta. La Filosofía del Derecho quiere ser la consideración universal y absoluta del mundo jurídico. Es, pues, la Filosofía del Derecho, Filosofía aplicada, o aplicación del punto de vista filosófico al Derecho.

Ahora bien, en rigor no hay más Filosofía auténtica que la Filosofía pura, general. La Filosofía particular de un sector del cosmos, es sólo Filosofía en sentido figurado o secundario. Pero como el Derecho aun considerado filosóficamente bajo el punto de vista de totalidad es con respeto al universo sólo un frag-

mento de él, de aquí que si queremos decir sobre lo jurídico su verdad primaria de auténtico rango filosófico, será preciso integrarlo en una concepción plena y última, esto es, en la Filosofía general y primera, rigurosamente entendida, es decir, preguntarnos por el sentido que corresponde a lo jurídico en una concepción del mundo y de la vida. Al contestar a esta cuestión, lograremos una auténtica Filosofía de lo jurídico, como elemento integrante de la Filosofía pura.

LUIS RECASÉNS SICHES

Madrid, enero 1933

INTRODUCCIÓN

Este libro reconoce como base una tesis doctoral comenzada en Zaragoza en 1929 y concluída en Viena durante el semestre de invierno de 1930. El tema central es un estudio crítico, con miras constructivas, del gran movimiento ideológico iniciado por la escuela jurídica de Viena. Considero el advenimiento de la doctrina kelseniana como un hecho que para la filosofía jurídica no es menos importante que la crítica kantiana para la Filosofía pura; por eso me parece inútil empeño el de querer dar por liquidados hechos tan importantes en la historia del pensamiento con condenaciones dogmáticas o comentarios irónicos. KANT, como KELSEN, no están "pasados de moda"; lo cual no implica la obligación de estar totalmente a su lado, porque tampoco son eternos; uno y otro están, sencillamente, superados, y en esta labor de *superación*, de *ir más allá que ellos*, hay que perseverar; pero para esto precisa recorrer juntos gran parte del camino. No siempre es fácil darse cuenta de que sólo por este procedimiento es posible alcanzar resultados nuevos y lograr más amplias perspectivas; este trabajo cree haberlo logrado en parte o, al menos, haber marcado el camino que otros investigadores más autorizados podrán recorrer en toda su extensión. Queda iniciado el tema de un *perspectivismo de base ontológica* que corrige, a la par que mantiene la teoría pura del Derecho; esta sugestión se contiene ya en la propia doctrina de KELSEN en tanto que su "imperialismo" absorbente impone la necesidad de reducirlo a sus límites naturales. Con esto creo haber logrado al menos un resultado positivo: señalar el valor de la doctrina de KELSEN para la Filosofía del Derecho, lo cual no es decir que lo que conocemos como Filosofía del Derecho haya de resolverse en teoría jurídica pura, sino que ésta es una pieza esen-

cial del sistema total de aquélla. Cuando, aparte de esto, señalo los temas que estimo debe contener una filosofía jurídica moderna — insistiendo de modo especial en la *axiología* y en la *ontología* jurídicas — aludo a algo que ya no tiene nada que ver con la doctrina de KELSEN, pero sirve para confirmar la opinión de que los temas puramente jurídicos que el gran maestro desenvuelve en su doctrina, no tienen otro lugar donde acomodarse que esa misma doctrina *(teoría jurídica pura)*, la cual no es la única doctrina posible y válida acerca del Derecho, pero sí la única doctrina *jurídica* posible.

Séame permitido en este lugar dedicar un recuerdo al que fué mi venerado maestro D. LUIS MENDIZÁBAL, quien supo acoger los primeros pasos de este trabajo con aquella benevolencia y paternal tolerancia que eran características de su noble personalidad. Conste también mi reconocimiento a los profesores y amigos HANS KELSEN, ALFRED VERDROSS y FÉLIX KAUFMANN, cuyas orientaciones, durante mi estancia en Viena, fuéronme altamente provechosas. Y para mi amigo, el profesor RECASÉNS SICHES, que se ha dignado avalorar con un brillante prólogo este libro, mi sincero agradecimiento.

Primera Parte

SISTEMA Y CONEXIONES DEL KELSENISMO

Capítulo I

NORMATIVISMO Y PUREZA METÓDICA COMO PIEDRAS ANGULARES DE LA TEORÍA PURA DEL DERECHO

§ 1. La jurisprudencia como ciencia normativa. — La proposición jurídica es la ley particular en el dominio del Derecho, lo que en otros órdenes es una ley natural o una especial ley ética. Ley jurídica y proposición jurídica son lo mismo. A veces se suele caracterizar a estas leyes que, como las jurídicas, morales, estéticas, etc., estatuyen un "deber ser", como *normas* para distinguirlas de las "leyes explicativas", como las de la naturaleza. Es verdad que también a veces se habla de las normas de la naturaleza, como si ésta prescribiese una cierta conducta a las cosas y éstas fueran las "súbditas" de la naturaleza. Pero es claro que aquí se trata sólo de una analogía, no del todo exacta. Se compara a la naturaleza — sometida a un Dios o a unas leyes naturales — con el Estado situado bajo un rey o unas normas jurídicas. Como quiera que los hombres pensaron primeramente y, ante todo, en sí mismos y sus relaciones mutuas; como quiera que la Ciencia más antigua es la política y no la de la naturaleza, es comprensible que ésta se sirviera de los conceptos de aquélla, los cuales estaban encaminados a la comprensión del Estado, y que se imaginara la naturaleza como un gran Estado.

Es un hecho que el concepto de ley natural se derivó del de la norma: ahora bien, con ello experimentó un cambio de significado (1). Pues la ciencia natural explica *lo que de hecho sucede;* las ciencias normativas, por el contrario, expresan *lo que*

(1) *Compendio*, cap. I; *Hauptprobleme*, cap. I: "Naturgesetz und Norm".

debe suceder. Éstas estatuyen un *deber ser;* aquéllas dicen que algo sucede de hecho. La ley natural es, así, una aplicación de la *ley de causalidad* porque expresa que *a un acaecer determinado tiene que suceder otro acaecer.* Es imposible que un objeto de la naturaleza pueda comportarse de modo diverso al que determina el orden de aquélla; es imposible que pueda constituir una contradicción de una ley natural o que pueda violarla. Esto sería absurdo. Si una cosa se comportara bajo determinadas condiciones de modo distinto al previsto hasta entonces por una ley natural, tendríamos la prueba de que la ciencia había formulado erróneamente esta ley, y sería entonces obvio, que había de enunciarse nuevamente la ley natural de tal manera que el nuevo hecho cayera dentro de sus márgenes de modo regular. El orden dè la naturaleza es meramente la suma o el sistema de las leyes naturales.

Ahora bien; la ciencia del Derecho es ciencia normativa — es decir, no es explicativa, — porque su objeto no son leyes sino *normas.* Estas normas tienen por objeto una conducta humana, pero no se cuidan de explicar cómo ésta se comporta de hecho — pues también es susceptible de "explicación" — sino indican, simplemente, *cómo se debe comportar.* De estas normas tiene que derivar la Jurisprudencia sus conceptos jurídicos. La Ciencia del Derecho es exclusivamente ciencia del Derecho positivo y, de este modo, no le alcanzarán los ataques que con razón se dirigen al Derecho natural. Pues la Jurisprudencia no extrae ya sus conceptos de la "razón" o de la "naturaleza de las cosas" sino del Derecho positivo. Al Derecho natural no hay que reprocharle su carácter "normativo", sino que opera con normas de moral, de Religión, etc., que, por tanto, no son normas jurídicas (2). Aquí no hay ninguna contradicción. Se puede bien

(2) *Hauptprobleme,* ps. 6 y 7: "Wenn hier die Rechtswissenschaft zu den normativen Disziplinen gerechnet wird, so bedarf diese Charakterisierung noch einer gewissen Einschränkung, damit ein mögliches Missverständnis vermieden werde. Der normative Charakter der Rechtswissenschaft äussert sich negativ darin, dass sie — wie bereits bemerkt, — tatsächliches, der Welt des Seins angehöriges geschehen nicht zu erklären hat, d. h. also, keine explikative Disziplin ist; positiv aber da-

no admitir más Derecho que el emanado de las fuentes "oficiales" — ley y costumbre — y, sin embargo, atribuirle carácter normativo: la Jurisprudencia se podría comparar no a la Gramática que tratara de explicar "cómo se ha llegado a hablar de cierta manera", sino a la Gramática que dicta reglas de buen lenguaje, pero tomando su contenido del lenguaje realmente hablado.

Como se ve, existe una contraposición metódica absoluta entre lo explicativo y lo normativo: su fundamento está en la plena disparidad de *ser (Sein)* y *deber ser (Sollen)*. Ser y deber ser son dos "categorías originarias", como las llama SIMMEL, y no se las puede definir; son dos mundos separados por un abismo infranqueable, porque su oposición es lógico-formal y, por tanto, no es posible pasar de uno a otro (3). El "por qué" de un deber

rin, dass sie zu ihrem Gegenstande Normen hat, aus denen — und nicht aus dem wirklichen, unter dem Kausalgesetz stehenden Leben — ihre besonderen Rechtsbegriffe abzuleiten sind. Damit ist jedoch keineswegs der Wissenschaft vom Rechte — die nur eine Wissenschaft des positiven Rechtes sein kann — jener Charakter gegeben, dessentwegen man mit vollem Rechte heute die Naturrechtssystem verwirft. Denn wenn der modernen Rechtswissenschaft zur Aüfgabe gestellt ist, nicht, was tatsächlich geschieht kausal zu erklären, sondern Normen zu gewinnen, die statuieren, was geschehen soll, so darf der Inhalt dieser Normen — es sind die Rechtssätze — nicht — wie es die Naturrechtlehrer getan haben — aus der Vernunft, aus der "Natur der Sache" oder aus sonst einem ausserrechtlichen Prinzipe, sondern ausschliesslich und allein aus dem positiven Rechte geholt werden. Nicht darum ist das allgemeine Staatsrecht der naturrechtlichen Schule zu verwerfen, weil es normativen Charakter hatte, sondern darum, weil die Normen, die es systematisch darstellte, keine Normen eines positiven Rechtes und darin überhaupt keine Rechtsnormen, sondern, — wie die folgenden Untersuchungen noch zeigen werden, Normen der Moral, Religion, und anderer sozialer Mächte waren."

(3) Kitz, en un trabajo publicado en 1869, *Seyn und Sollen*, caracteriza muy bien esta contraposición: "De que esto es, se sigue indudablemente que aquello era o será, pero nunca puede seguirse que algo debe ser. Algo puede ser debido y, sin embargo, no haber sido antes, ni ser ahora, ni ser en el futuro. Ser y deber ser son por eso, ideas fundamentales radicalmente diversas... y si, ciertamente, el deber ser se refiere a un "ser algo", ni es condicionado en su esencia por un tal algo, ni por alguna cosa que precediera al algo, ni él mismo es el algo" (cit. por Kelsen, *Hauptprob.*, p. 8).

ser sólo puede conducir a un nuevo deber ser, así como el "por qué" de un ser, sólo por un ser puede ser resuelto. Así como el ser, el deber ser no puede ser "probado" sino sólo "vivido" y "sentido" y, por tanto, no se puede deducir de "meros conceptos; es un "hecho primario" *(Urtatsache)* acerca del cual podemos cuestionar desde el punto de vista psicológico, no desde el punto de vista de la Lógica.

Cuestión distinta es la del "contenido" del deber ser y la de su "nacimiento", Pues aquél es siempre un ser, y éste sólo "psicológicamente" se verifica. Viceversa: el ser, en último término, se funda en un deber ser y se imagina, por ejemplo, que el mundo nació por un mandamiento divino. Esto es muy significativo: para explicar el origen del ser, se acude al deber ser, para explicar el origen del deber ser, se acude al ser; esto prueba a las claras que, así como con la ley de Causalidad no se explica ni el nacimiento ni el fin de la realidad, porque son cuestiones que caen fuera de las márgenes del método explicativo, así también ni el origen, ni la desaparición o la violación de un deber ser pueden explicarse con el método normativo y, por tanto, en dominios jurídicos, tales cuestiones han de considerarse como "irrelevantes" o, como diría JELLINEK, de naturaleza *metajurídica*.

La Ciencia Jurídica es, pues, una ciencia normativa, y no, como pretenden algunos, una *Sociología* o una *Psicología* del Derecho, que, en realidad, son ramas de la ciencia natural en cuanto que aplican el método explicativo, porque su objeto es el ser ("conducta" jurídica, "sentimiento" jurídico, etc.); pero tampoco, según pretende una opinión muy difundida, una *ciencia empírica cultural*. En este punto, KELSEN enlaza con RICKERT al no admitir más "realidad" que la de la naturaleza: ahora bien, la Cultura es realidad sin ser naturaleza. RICKERT se encuentra aquí con una dificultad que pretende salvar afirmando que naturaleza y Cultura no son "dos" realidades, sino una misma realidad observada desde dos diversos puntos de vista. Pero precisamente encontrará aquí KELSEN motivo para objetar contra la posibilidad de una ciencia empírica cultural. RICKERT entiende por cultura los hechos o cosas a los que "se adhiere un

valor". Pero únicamente en el caso de que tomemos el valor en sentido subjetivo, será posible dar un sentido a esa afirmación. Pero si consideramos el valor como algo *objetivo,* como quiere RICKERT, es decir, como un *Sollen* opuesto a un *Sein,* la síntesis de valor y realidad que se realiza en el concepto de *Bien* es lógicamente imposible. Para RICKERT no se puede decir del valor que "es" o que "no es", sino sólo que "vale" o que "no vale", pues los valores no son realidades, ni físicas, ni psíquicas, y su esencia consiste en su validez, no en su facticidad *(Tatsächlichkeit).* Y siendo así, es imposible que algo que "ni es" ni "puede ser", se "adhiera" o se materialice en lo real.

La contraposición de realidad y valor, es, pues, plena e indudable, pues realidad e idealidad son productos de diversas maneras de ver las cosas y, por tanto, su contenido sólo puede presentarse o en la forma del *Ser* o en la del *Deber ser,* o como *Realidad* o como *Valor.* Y si un contenido es afirmado como real, ya no hay que hablar de valor, y viceversa (4).

§ 2. LA JURISPRUDENCIA COMO "GEOMETRÍA DEL FENÓMENO JURÍDICO". — Así como la Jurisprudencia no puede interesarse por el momento "origen", tampoco puede preocuparle el momento "fin". Ya PREUSS ha dicho con razón que "el fin no está nunca en la forma, sino en el contenido"; pero el contenido de la institución jurídica no es ya jurídico sino de naturaleza política o económica; por eso, la construcción jurídica de los conceptos, lejos de operar con el momento fin, tiene que desentenderse de él en absoluto (5).

Con la eliminación de tales momentos, el Derecho es conocido como una categoría formal. El método de la ciencia jurídica, opuesta a la consideración finalista, parte del supuesto de que a la Jurisprudencia no puede interesar más que la "forma" de un fenómeno, cuyo contenido lo estudian la Sociología y

(4) V. Kelsen, *Rechtswissenschaft als Norm-oder Kulturwissenschaft,* en *Schmollers Jahrbuch,* ps. 1.181 y ss. Cfs. Binder, *Phil. des Rechtes,* año 1925, ps. 193 y ss.

(5) *Zur Methode der juristischen Begriffsbildung,* p. 370; cit. por Kelsen, *Hauptpr.,* p. 91.

las disciplinas histórico-políticas; fenómeno, por otra parte, que en su "totalidad" puede calificarse en buen hora como "jurídico", siempre que quede claro que a la Jurisprudencia no le interesa más que "un lado" de ese fenómeno, porque con los medios de conocimiento de que dispone, no puede aspirar a más (6).

Esto puede aplicarse al problema de las relaciones entre *Derecho* y *Poder*. Es indudable que el contenido del Derecho es siempre el poder — aunque no siempre el poder se manifiesta en forma de Derecho. — Pero esto es indiferente al Jurista, pues precisamente porque el Derecho está en la forma, la ciencia Jurídica no ha de ocuparse ya, para nada, del poder. Por la "forma jurídica", el poder se convierte en Derecho lo mismo que por la "forma artística" se convierte en una obra de arte un conjunto de colores y lienzos. ¡Y no se dirá precisamente que la Estética tenga que ocuparse con la substancia del lienzo y de los colores! (7).

Por esto ha de rechazarse la tendencia a mezclar elementos materiales con los puramente formales, en el concepto del Derecho (8), creyendo así oponerse al formalismo "escolástico" de la Jurisprudencia. Esto obedece a un desconocimiento de su misión, que no es ni concebir el mundo del ser ni explicar la realidad. Declarar sin valor las fórmulas vacías de contenido de los conceptos jurídicos formales equivale a rechazar los conceptos de la Geometría, que únicamente operan con la forma y no con el contenido de los cuerpos (8 bis).

Por lo demás, esta contraposición de forma y contenido es muy relativa, y una vez aparece como forma lo que otra vez es contenido: por eso hay que ser muy cauto al rechazar una doctrina como "formalista", y esta prudencia es doblemente requeri-

(6) *Hauptpr.*, p. 92.

(7) Kelsen, *Zur Lehre vom öffentl. Rechtsgeschäft*, en *Arch. öffentl. Rechts*, B. 31, ps. 95-96.

(8) Kelsen rechaza realizar una investigación sobre el concepto del derecho por considerarla "falta de sentido"; pero da por supuesto este concepto: *orden coactivo y soberano de la conducta humana* (comp. *Der Staat als Ubermensch*, p. 3).

(8 bis) Cfs. Tezner, *Rechtslogik und Rechtswirklichkeit.*

da frente a un objeto como el Derecho. Pues si dentro de él es posible la distinción entre forma y contenido, a veces hay que tomar "el todo" del Derecho como forma, frente a la Economía (9).

Por tanto, el anatematizado formalismo de la teoría pura del Derecho consiste, tan sólo, en que ésta se conforma con ser una *teoría del Derecho Positivo,* desentendiéndose de la cuestión del "Derecho justo" porque no le interesa lo que debe ser, sino lo que es, sin perjuicio de que el "Derecho que es" estatuye también un deber ser: pero, por lo mismo, ha de hacer posibles todas las formas imaginables de Derecho que en realidad puedan darse y, por tanto, tiene que prescindir también de los contenidos, porque es "condición" de todos ellos.

En una palabra: el formalismo de la Jurisprudencia se resuelve en la más elemental exigencia de la construcción normativa: en la *pureza metódica.*

(9) "An dem kann selbst Form und Inhalt, die Rechtsform und der Rechtsinhalt, unterscheiden, und doch muss unter Umständen dieses Recht als ganzes — etwa im Verhältnis zur Wirtschaft — nur als Form begriffen werden, sofern Recht und Wirtschaft nicht geradezu identifiziert werden sollen" (v. *Juristische Formalismus und reine Rechtslehre,* en *Jurist. Wochenschrift,* 1929, p. 1.723).

Capítulo II

LA UNIDAD DEL CONOCIMIENTO NORMATIVO

Para la comprensión de las ideas que a continuación se exponen, hay que insistir, previamente, en dos momentos esenciales del pensamiento kelseniano.

De una parte, la "validez" que se otorga a un sistema de normas es algo relativo; cuestión de "perspectiva", de "punto de vista". El moralista, el teórico del *jus naturae,* desde sus posiciones no reconocerán más normas como válidas que las de la Moral, o las del Derecho natural. Pero, a su vez, el jurista, desde su punto de vista, tampoco puede reconocer validez a normas que no sean las del Derecho positivo. Pues conocimiento equivale a superación de contradicciones y, por tanto, no se puede operar a la vez con dos sistemas que mutuamente se excluyen.

De otra parte, el método "produce" el objeto, es decir "convierte" — "organiza" — en objeto, al *tocarla,* la "materia desorganizada"; sólo convertida en objeto deviene cognoscible. Así, el Estado es algo incognoscible para el Jurista si, por el método, no es convertido en "cosa jurídica". Y de este modo, aquel principio de la *unidad del conocimiento normativo* se traduce en una doble afirmación: *a*) que el Jurista no puede operar sino con el Derecho; *b*) que aun este Derecho, en su variedad, ha de ser concebido como algo unitario, dependiendo, a su vez, el principio de unificación de un nuevo punto de vista (según que éste sea el jurídico-estatal o el del Derecho Internacional): aquí la relación es la de un orden "más alto" a un orden "inferior" o *delegado* de aquél.

A) **Derecho y moral**

§ 3. LEY MORAL Y NORMA JURÍDICA. — En el Derecho, más que en alguna otra disciplina normativa, es posible y necesaria la separación de los puntos de vista explicativo y normativo. Sin embargo, la confusión de disciplinas y métodos, pudo explicarse circunstancialmente. La Ley moral toma su contenido del ser real; y en los tiempos en que el Derecho era, predominantemente, consuetudinario, el castigo y la ejecución sólo en los casos de realización de un acto contrario a la conducta corriente eran aplicados: por lo que la cuestión: qué es de Derecho (*was Rechtens sei*) — lo que en un caso concreto debe suceder — era materialmente identificada con esta otra: qué es lo que de hecho sucedió; y, supuesto que se carecía de un criterio objetivo para la fijación de lo que debía suceder, consideró el Jurista que debía ser Derecho lo que ya lo era en los tiempos de sus antepasados, estableciéndose así una tan íntima conexión entre el Derecho válido y su desenvolvimiento histórico, que fué imposible una clara diferenciación de los dos métodos, histórico-descriptivo y normativo.

Por lo demás, una equiparación plena entre las normas del Derecho consuetudinario y las de la moral autónoma no ha sido nunca justificada.

La diferencia formal entre *ser* y *deber ser* no existe en la moral para la cual, siempre y sin excepción, lo *debido* es lo *querido*. "Una norma ética existe para el particular sólo en tanto que se la pone a sí mismo, que se somete a ella, que quiere cumplirla. Este carácter autónomo individual no lo tiene nunca el Derecho, ni siquiera el Derecho consuetudinario" (10). Una proposición jurídica del derecho consuetudinario se impone a los particulares aun cuando no la conozcan, aun cuando no quieran cumplirla, precisamente cuando no quieren cumplirla. Esta posibilidad de aplicación pertenece a la esencia del Derecho — *Kein Recht ohne Gericht!* — Por eso la norma del Derecho consuetudinario puede estar en oposición con un *querer* indi-

(10) *Hauptpr.*, p. 35.

vidual, que es algo que pertenece al mundo del ser: lo cual no es posible en la norma ética.

Estas dudas acaban de ser definitivamente eliminadas con la substitución del Derecho consuetudinario por la ley escrita. Ahora el Derecho se determinará sin consideración a lo que en la sociedad se usa; el deber jurídico será independiente de todo contenido del ser. La reacción del Derecho contra los particulares, la aplicación judicial de la proposición jurídica establecerán, de una vez para siempre, la distinción de norma jurídica y ley moral.

Por eso, si la Etica puede ser objeto de una consideración normativa, como puede serlo, por ejemplo, la Gramática, su método puede ir y de hecho va unido a consideraciones explicativas que deben descartarse de dominios jurídicos. El contenido de la norma de Derecho se determina por un acto de libre creación que, formalmente, es independiente de cualquier desenvolvimiento histórico del mismo. La Jurisprudencia dogmática no puede extraer el contenido de sus proposiciones jurídicas de la historia del Derecho, sino de la ley. La separación de los puntos de vista y la exclusiva aceptación del normativo. es indispensable si se ha de proceder con pureza metódica.

La substitución del Derecho consuetudinario por un proceso consciente de legislación suministra un nuevo criterio diferencial. Aquí es mucho más claro que la autoridad normativa es diversa del subordinado a la norma. Toda *autoobligación* desaparece. El Derecho no se apoya en el individuo porque tiene un soporte extraindividual: el Estado. La teoría del *contrato social* argüirá, sin duda, que el *Imperium* se funda en la voluntad de los particulares; pero esto es una grosera ficción que no hay que tomar en cuenta. El Derecho es *heterónomo,* es decir, vale independientemente del querer de los individuos. Al contrario, la moral es *autónoma:* vale en cuanto el sujeto se subordina libremente a ella, en cuanto que hace de la norma contenido de su voluntad (11). Por eso la Ética no puede alcanzar la plena distinción

(11) "Jede sittliche Pflicht nur im Wege einer Selbstverpflichtung entstehen kann, für das Individuum nur jene Norm gilt, der es sich

entre método explicativo y normativo, porque el *deber* ético es un *querer*.

En consecuencia, al Jurista sólo puede interesar la norma objetiva, el *cómo deben* comportarse jurídicamente los hombres, pero en manera alguna su *conducta jurídica* real. El punto de vista del Jurista es el del Juez y no el del psicólogo, el del sociólogo o el del historiador, lo cual no es impedir que el Jurista cultive la Psicología, la Sociología o la Historia; es sólo advertir que el conocimiento de lo Jurídico sólo puede proporcionarlo el método jurídico, sin contaminación alguna de cualesquiera elementos explicativos. Cabe una Ética psicológica o sociológica, pero no una Jurisprudencia sociológica o psicológica. Intentarlo sería, en verdad, un absurdo metódico *(ein methodisches Unding)*. *Ipso facto* dejaría de ser Jurisprudencia para convertirse en Psicología o Sociología del Derecho, o mejor, de la vida jurídica. Las leyes morales son reglas del acaecer real *(Regeln tatsächlichen Geschehens)* y en eso se aproxima a las leyes de la naturaleza; a las normas jurídicas es totalmente indiferente que su contenido se corresponda o no con un contenido del mundo real. La contraposición formal entre *ser y deber* ser es absoluta e infranqueable. Por eso la norma jurídica no puede ser, como la ley natural, explicativa. Ella prescinde de cuanto realmente acaece. Vale por sí misma, prescindiendo de que se la conozca o se la reconozca; al contrario de la ley moral en la cual conocimiento y reconocimiento se confunden. Pues la norma jurídica no la dicta la conciencia normativa del individuo, sino el poder del Estado.

La norma moral vale en cuanto que realmente es cumplida. ¿Se puede decir otro tanto de la norma jurídica? Se sostiene la afirmativa por quienes piensan que una norma jurídica que no es

---

freiwillig unterwirft, die es selbst zum Inhalt seines Willens macht, dass somit sein Sollen ein eigenes Wollen ist. Und in der vollständigen Unmöglichkeit, diesen Gedankengang, auf das Rechtsgebiet zu übertragen, zeigt sich vollends die streng heteronome Natur des Rechtssatzes, der seine verpflichtende Funktion unabhängig vom Wollen des Individuums ausübt" *(Hauptpr.*, p. 41).

cumplida por nadie ha dejado de valer como norma. Tal afirmación es admisible a condición de que se afirme igualmente que una norma cumplida por todos ha dejado, también, de valer como norma; pues carecerá de sentido mandar lo que siempre y sin excepción ha de suceder, lo que tiene *(muss)* que suceder y, así, tanto el *cumplimiento* como la *infracción* serían momentos esenciales del concepto de norma. Pero precisamente porque tales momentos pertenecen al *ser* son irrelevantes para la construcción normativa. La norma jurídica no conoce excepciones a su validez, porque no es ni una ley natural ni un imperativo que "ordene" cierta conducta. Y por no ser una "regla de conducta" se diferencia, una vez más, de la ley moral. La ley moral, en cuanto regla, sufre excepciones en su validez, en la conducta inmoral; pero en la norma jurídica es justamente la antijuridicidad, la *iniuria (Unrecht)*, la condición para que aquélla entre en funciones.

A la norma le es indiferente la conducta jurídica; por eso es también indiferente para el Jurista.

Finalmente, para el Jurista todas las normas tienen igual fuerza de obligar. No le interesa que el contenido de una determinada norma jurídica coincida con el de una norma moral, porque una y otra tienen fuentes esencialmente diversas. Por eso, de un conflicto entre ambos órdenes Moral y Derecho, como de un conflicto entre dos órdenes de normas, no cabe siquiera hablar: podrá a lo sumo plantearse como cuestión de conducta en el terreno de las conciencias individuales; pero este es ya terreno vedado para el Jurista. Este supuesto conflicto no habría, además, que interpretarlo en el sentido de que dentro de la misma *persona* dos diversos órdenes pretendieran validez, porque la persona del Derecho no es la misma persona de la Ética; pues persona es personificación de un orden y dentro de un orden no pueden valer dos contenidos contradictorios. El conflicto tiene, pues, lugar en el *hombre* y el problema, entonces, se plantea así: o ese hombre debe obrar *como persona jurídica* o como *persona ética*. Y para el Jurista la solución no puede ser dudosa. Junto al contenido *a* no puede aceptar un *no a*.

Él puede decir tan sólo: si yo fuera moralista, tendría que

aceptar la validez del contenido *no a*. No lo soy, luego no puedo aceptar más que la validez del contenido *a* (12).

B) **Derecho natural y positivo**

§ 4. La antinomia. — Lo característico del *jus naturae* es la aceptación de un "orden natural" que regula la conducta de los hombres con normas cuya validez no consiste, como las del Derecho positivo, en ser puestas por una Autoridad humana, sino en que — originadas de Dios, la Naturaleza o la Razón, — son intrínsecamente buenas, rectas, justas. El orden natural no es producido ni se le puede producir, porque es eterno. En cambio el orden posivo es "puesto" por una voluntad. Ahí radica el origen de todo "formalismo", pues el principio de validez del Derecho positivo es esencialmente "formal".

Las normas del Derecho natural son "evidentes", como las de la lógica, y se cumplen espontáneamente, sin necesidad de coacción. Pero el Derecho positivo es orden coactivo, pues siempre se da la posibilidad de obrar "contra" la norma. Necesita, pues, organizar la coacción, y el "orden coactivo organizado" es el Estado. El Estado es, en verdad, la forma plena del Derecho positivo. Derecho natural, en cambio, es lo contrario de la coacción: es "anarquismo ideal" (13).

Derecho natural y positivo son dos órdenes de normas: a los dos les conviene, pues, la cualidad de un *deber ser:* pero porque

(12) "Weil und insoferne sie (die Normen) Wille des Staates sind, der durch seine faktische Macht seinen Willen realisiert, haben Rechtssätze verbindliche Kraft — und für diese rechtliche Verbindlichkeit ist es gleichgültig, ob sie mit Sittengesetze übereinstimmen oder nicht" (*Hauptpr.*, p. 56; *Problem der Souveranität*, p. 111.)

(13) "Das Naturrecht ist seiner Idee nach zwangsfreie, anarchische Ordnung. Jede Naturrechtstheorie muss, wenn sie an der Idee des reinen Naturrechtes festhält, ideales Anarchismus sein." El anarquismo, ya "vom Urchristentum bis zum moderne Marxismus ist, im Grunde genommen, Naturrechtstheorie" (*Die philosophische Grundlage der Naturrechtsl. u. des Rechtspositivismus*, p. 10; *Naturrecht und positives Recht*, en *Int. Zeitschr. f. Th. des Rechtes*, Bd. II, H. 2; *Die Idee des Naturrechts*, en *Zeitschr. f. offentl. Recht*, Bd. VII, 2.

el Derecho positivo aparece frente al natural como algo "artificial" va más adherido al *Ser:* y así el *Sollen* de aquél aspira a ser "absoluto" y el de éste se conforma con ser "relativo" e "hipotético", pues "se da por supuesto" el valor del medio de su producción — que es fundamento de su validez (14). Y por ser el Derecho natural "absoluto" se afirma también como "invariable". Sin embargo, trata siempre de tender un puente hacia el Derecho positivo con lo que, en realidad, viene a justificarlo como Derecho natural. Éste necesita ser realizado, positivizado, pues consiste en normas abstractas; pero la concreción la realiza el mismo individuo. Este, pues, ha de saber qué es lo que en un caso concreto es de Derecho natural; pero además ha de tener la buena voluntad de obrar conforme a él. Pero así la realización del Derecho es subjetiva, pues depende del *saber* y del *querer* del individuo; y esto es, en verdad, una fuerte limitación a la idea del Derecho natural.

Ahora bien: ¿son, realmente, dos sistemas normativos igualmente "válidos" Derecho natural y positivo? No cabe duda que son órdenes diversos, pues su principio de validez no es idéntico y, además, derivan de distinto modo: "estáticamente" el uno, "dinámicamente" el otro. De las proposiciones del Derecho natural derivan las normas particulares sin necesidad de un acto especial

(14) "Gerade in den — aus vielen Gründen schweren — Verzicht auf eine absolute, materiale Rechtfertigung, in diesem Versagungsvollen Sichbeschränken auf die bloss hypothetische, formale Fundierung durch die Grundnorm liegt das wesentlichste Merkmal des Positivismus gegenüber der Naturrechtstheorie. Positivismus und (erkenntnistheoretischer) Relativismus gehören ebenso zusammen, wie Naturrechtslehre und (metaphysischer) Absolutismus. Jeder Versuch, die bloss relativ-hypothetische Grundlage des positiven Rechtes zu sprengen, über sie hinaus zu einer — irgendwie, sei es versteckten, sei es offenen — höheren Rechtfertigung, das heisst von der hypothetisch zu einer absolut gültigen Grundnorm zu gelangen — und dieser Versuch muss aus naheliegenden politischen Motiven immer wieder gemacht werden — bedeutet die Aufhebung des Unterschiedes zwischen positiven Recht und Naturrecht, bedeutet den Einbruch der Naturrechtstheorie in die wissenschaftliche Bearbeitung des positiven Rechtes, und — wenn eine Analogie zu den Naturwissenschaften gestattet ist — eine Einmengung der Metaphysik in den Bereich der Erfahrung" *(Phil. Grundl.,* p. 14).

de producción. En el principio "no se debe mentir" está virtualmente contenida esta otra proposición: "El mercader no debe engañar en el precio y calidad de la mercancía." El Derecho natural es, pues, un orden estático. Por el contrario, el Derecho positivo es esencialmente dinámico. La unidad de un sistema dinámico es la unidad de una serie de delegaciones *(Delegationszusammenhang)* sobre la base de una norma primaria fundamental. En este principio dinámico consiste justamente la positividad. Desde el momento que el Derecho natural introduce el dinamismo en su sistema, deviene, por obra propia, Derecho positivo. Pero así como hay un límite puesto a la idea del Derecho natural, también la idea de la positividad pura tiene otro: la norma primaria no vale porque fué puesta, sino que se la *supone* como válida (15). Su forma es la de la proposición jurídica. Dice que bajo condiciones determinadas, o que se determinarán, una cierta consecuencia es "debida". O bien: que en las mismas condiciones, esa consecuencia no puede, al mismo tiempo, no ser debida. Pues el "principio de contradicción" es base de toda legalidad (16).

Si dos sistemas de normas han de reducirse a fundamentos diferentes y son, por tanto, sistemas independientes, sólo uno puede considerarse válido (17), tanto más cuanto que ambos ver-

(15) *Phil. Grundl.*, p. 20.

(16) "Die Grundnorm sagt, dass unter bestimmten bzw. bestimmender Bedingungen eine bestimmte bzw. bestimmende Folge als gesollt gesetzt ist. Damit sagt sie dass unter den gleichen Bedingungen diese Folge nicht zugleich nicht als gesollt gesetzt sei. Denn im Gedanken des Gesetzes muss der Satz von Widerspruch mitgesetzt sein, weil ohne ihn alle Gesetzlichkeit aufgehoben wäre" *(Phil. Grundl.*, p. 25).

(17) "Sind zwei Normenkomplexe auf zwei verschiedene Grundnormen zurückzuführen — wobei diese Verschiedenheit keineswegs eine allgemeine, wesenhafte sein muss, indem die eine ein statisches, die andere ein dynamisches Prinzip darstellt, sondern auch zwei verschiedenen Grundnormen derselben Art vorliegen könne, etwa das Gebot der Liebe oder das des öffentlichen Wohles, oder eine, die den Papst als Stellvertreter Gottes, und eine solche, die den Kaiser oder irgendeine weltliche Autorität als höchste delegiert — liegen also zwei verschiedene Normensysteme vor, dann kann vom Standpunkt einer auf die Geltung der Normen gerichteten Erkenntnis nur eines dieser beiden Normensysteme und

san sobre un mismo objeto: la conducta humana. Dos normas fundamentales pueden valer al mismo tiempo sólo si sobre ellas hay una norma más alta, común a las dos; es decir, si sólo *relativamente* son normas fundamentales. Pero éste no es el caso en que se encuentran Derecho natural y positivo y por eso es imposible, lógicamente, la validez conjunta de ambos órdenes. Un sistema establece la conducta *a*, el otro la conducta *no a:* es esta una situación imposible, tanto como la del doble juicio *a es, a no es*. No habría contradicción, por ejemplo, si se decía *a es* y *a no debe ser*, porque en este caso nos hallaríamos en la contraposición de un *Sein* con un *Sollen*, que ya no es contraposición lógico-formal. Pero si ambos contenidos se expresan, simultáneamente, por un *es* o por un *debe ser*, lógicamente se excluyen. Y así los llamados "conflictos de deberes", o contradicción entre Derecho y Moral o entre normas de diversos Estados, son una cuestión de *hechos*, de *motivos*, que no tiene nada que ver con la afirmación de que *sólo uno vale*. La consecuencia es la imposibilidad de toda relación entre Derecho natural y positivo. Una relación sólo existe entre miembros de un mismo sistema. Todo intento de relacionar ambos complejos de normas va a parar o a convertir en positivo el Derecho natural o en natural el Derecho positivo (18). Si se

nicht beide zugleich als gültig angenommen werden" *(Phil. Grundl.* p. 27).

(18) "Hat man somit Naturrecht und positives Recht als zwei ihrem obersten Geltungsgründe nach voneinander verschiedene Normensysteme erkannt, se kann von einem Verhältnis zwischen ihnen in dem Sinne keine Rede sein, dass beide nebeneinander als gültig vorausgesetzt werden. Denn ein "Verhältnis" ist nur zwischen Elementen eines und desselben Systems möglich. Es kann nur entweder das Naturrecht oder das positive Recht als System gültiger Normen behauptet werden. Es steht hier das positive Recht zum Naturrecht nicht anders als zur Moral, oder als die einzelstaatliche Rechtsordnung zum Völkerrecht. Jeder Versuch zwischen den beiden Normenkomplexe als zwei nebeneinander in Geltung stehenden Ordnungen ein Verhältnis herzustellen, lauft darauf hinaus, die eine — als die niedere — in den anderen — als die höheren — aufgehen zu lassen; das positive Recht als. das Naturrecht, oder das Naturrecht als positives Recht zu begreifen. Solcher Versuche, in denen sich, meist ohne dass es den Theoretiker bewusst wurde, die unun-

admite un "orden natural" no cabe un "orden positivo" junto a él. Y así como éste es el "más alto" para el Jurista, aquél no sufre a su lado un Derecho positivo; le excluye no sólo "lógicamente"; sino que incluso lo hace "supérfluo, desde el punto de vista teleológico-material" (19). No cabe hablar de una "relación de delegación" entre ambos órdenes, relación que, de hecho, vendría a reducir uno al otro. Fundar el Derecho positivo en una delegación del natural y decir, vg., que la autoridad procede de Dios, es una contradicción por parte del Derecho natural que, de este modo, se limita a delegar en una autoridad la posición de normas, y así éstas se justificarían en cuanto que puestas por tal autoridad y no en tanto que intrínsecamente buenas, rectas y justas: que es, sin embargo, lo sólo que las justifica ante el Derecho natural. Por ese camino, el Derecho natural "desnaturalizado" se convierte en legitimación del Derecho positivo, y aun más: en "ideología del Derecho positivo" (20).

Sólo en un sentido sería posible hablar de relaciones entre Derecho natural y positivo: en la relación de *Norma* — Derecho natural — y *Faktum* — Derecho positivo; — sólo el Derecho natural tiene la "validez normativa" *(Sollgeltung);* el Derecho positivo es el "hecho" que si contradice al Derecho natural, no "vale" y si coincide con él vale tan sólo "en virtud" de esa correspondencia. Pero precisamente el Derecho natural no puede plantearse el problema de si una norma de Derecho positivo es "válida" o "inválida" porque, de antemano, le ha denegado

terdrückbare Tendenz der Erkenntnis nach Einheit ihres Gegenstandes durchsetzt, gibt es eine Fülle" *(Phil. Grundl.,* p. 31).

(19) *Phil. Grundl.,* p. 32.

(20) "... Bedeutet eine Delegation des positiven Rechtes durch das Naturrecht: dass dieses das letztere ermächtigt, sich an seine Stelle zu setzen. Das ist tatsächlich der bewusst oder unbewusst angestrebte Efekt der Delegationstheorie, wie sehr diese ihn auch durch alle mögliche Versicherungen des Gegenteiles zu Verhüllen sucht. Von allen Normen des Naturrechtes bleibt nur jene übrig; die das positive Recht delegiert (und die in Wahrheit gar keine Naturrechtsnorm ist). Das — so denaturierte — Naturrecht hat nichts anderes zu leisten als eine Legitimierung des positiven Rechtes. Die Idee des Naturrechts hat sich in eine Ideologie des positiven Rechtes verwandelt" *(Phil. Grundl.,* ps. 33-34).

toda validez. Por lo demás, si históricamente el Derecho natural hubiera obrado así, hubiera procedido con lógica. No lo hizo, afirmó siempre la "necesidad incondicionada" del Derecho positivo y se encerró de ese modo en un dualismo que, lejos de ayudar a resolver la cuestión, la hizo infinitamente dificultosa.

§ 5. La solución de la antinomia: por el Derecho positivo y contra el Derecho natural. — Stahl y Bergbohm han contribuído a difundir un error con el que es preciso acabar: el supuesto "carácter revolucionario" del Derecho natural. Hoy, todos sus actuales defensores son conservadores.

Además, mientras de un lado es *justificación* del Derecho positivo, es decir, de la *autoridad estatal,* de otro, y frente a ésta posee una "fuerza derogatoria" de disposiciones que alteran el orden vigente. En verdad, no hay Derecho natural sino teorías de Derecho natural. El Derecho natural no es más que una máscara tras de la cual se ocultan los intereses (21). Pero no sólo estos motivos "políticos" le hacen conservador. Tal carácter hay que hallarlo, ante todo, en el mismo problema epistemológico que se plantea.

Es indudable que el hombre tiende a desdoblar el objeto de su conocimiento. No se contenta con lo que los sentidos le ofrecen ni con lo que su razón comprende. No le basta conocer las cosas y quiere saber lo que hay "tras" las cosas. Tras el reino de la naturaleza imagina un reino de las "cosas tales como son en sí", que no llegará jamás a percibir por medio de sus sentidos. Esta grandiosa hipótesis es la esencia de toda metafísica y de toda Religión. Su raíz ha de hallarse en este empequeñecimiento del propio Yo que se siente parte despreciable del Universo. Según eso, el hombre no conocería de las cosas más que la "imagen" reflejada en un espejo: pero el verdadero mundo, lo que está tras el espejo, eso es lo que nunca podrá conocer (22).

(21) Palabras pronunciadas por Kelsen en la sesión celebrada en octubre de 1928 por el Instituto Internacional de Derecho público (cfs. *Revue de Droit Public,* 1928, p. 782).

(22) "Der Wunsch, das Wesen der Dinge zu ergründen, drängt ihn (den Menschen zu fragen, was "hinter" der Dingen liegt; und weil auf

También en el mundo del valor se da cabida a un análogo dualismo referido, no ya a la "explicación" sino a la "justificación". El "porqué" es elevado a una esfera trascendente. El objeto es imagen o reproducción aproximada de otro objeto a quien pertenece todo valor. Así en toda sociedad aparece una moral positiva como emanación de una ley divina y eterna y tras el Derecho positivo de cada Estado se alza un orden natural que pretende regularlo: de este modo el Derecho positivo no es ya la libre creación del legislador y del Juez, sino la reproducción de un Derecho natural que está "más allá" del positivo, de un "Derecho en sí", a quien corresponde todo valor y validez. Y en uno y otro caso, se comete la contradición de querer explicar lo dado por lo que no es dado, lo concebible por lo inconcebible; y al mismo tiempo que se le deniega al Yo la posibilidad de afirmar el

---

diese Frage keine Antwort in der Erfahrung, das ist in dem Bereiche der durch seinen Verstand kontrollierten und geordneter Welt seiner Sinne zu erhalten ist, greift er zu der kühnen Annahme eines jenseits seiner Erfahrung liegenden Bereiches das die von ihm gesuchten Grunde und Ursachen, die Ideen oder Urbilder aller Dinge des Diesseits, diese Dinge wie sie "an sich", unabhängig von seinem Sinnen und seinem Verstande sind, bergen soll, aber zugleich ihm, weil seinen Sinnen unerreichbar, ewig verbergen muss. Diese grandiose Hypothese, mit der der Mensch die Illusion erzeugt, über sich selbst heraus zu wachsen, dieser seltsame Versuch des ewigen Munchhausen, auf die eigenen Schultern zu steigen, bildet den wesentlichen Kern aller Metaphysik und Religion Und obgleich dieses Wahrhaft tragikomische Beginnen seit jeher den Stolz des menschlicher Geistes gebildet, wurzelt es doch letzlich in einem merkwürdigen Misstrauen dieses menschlichen Geistes zu sich selbst. Nur weil der Mensch offenbar kein rechtes Vertrauen zu den eigenen Sinnen, zu dem eigenen Verstande hat, kann er keine Ruhe finden in der von ihm selbst geschaffenen, von ihm selbst bestellten Welt der Erkenntnis. Nur die Geringschätzung seines eigenen Ich lässt die von diesem erkannte Welt als ein blosses Fragment gleichsam, als minderwertigen Ableger einer an deren Welt, auffasen, die eben darum weil und in dem Masse als sie die eigentliche, endgültige, vollkommene, die wahre ist, seinem erkennenden Ich verschlossen bleibt" (*Phil. Grundl.*, p. 41-42). Sobre este punto se consultará con fruto la bella monografía del profesor Chevalier, *Le concept et l'idée*, París, 1928. — Obsérvese la semejanza que presentan muchos de estos pensamientos kelsenianos con ideas expuestas en España por Dorado Montero principalmente en *El Derecho y sus sacerdotes*, 1909.

valor de su conocimiento, se le permite, débil de fuerzas y con solos sus medios, construir todo un mundo de lo trascendente (23).

Esto, sin embargo, no es negar todo "misterio" al mundo o declararlo, de antemano, científicamente soluble. Nadie está obligado a aceptar que las cosas del mundo y sus relaciones, que conoce por medio de los sentidos, son así "realmente"; pero ha de desecharse todo intento de especulación sobre las Ideas, es decir, sobre las "cosas en sí". El concepto de cosa en sí es un símbolo, es el límite, el punto final del proceso infinito de la experiencia. El hombre no puede degradar las cosas a la categoría de "apariencias" (*Erscheinungen*) ni declarar el mundo como aparente: pues el mundo que conocemos es el único real (24).

No puede existir un mundo trascendente, porque *es el conocimiento mismo quien produce el objeto, con arreglo a sus leyes* inmanentes (25). Y esta "legalidad" del conocimiento es la garantía de objetividad de los resultados. Cierto que éstos no pueden aspirar a una verdad absoluta, pues la verdad afirmada es sólo relativa; sólo "dentro del sistema" es verdad. Es una "verdad formal"; pero tampoco hay peligro de caer en un ilimitado *solipsismo*. En lugar de la metafísica, una disciplina nueva, la *Teoría del Conocimiento,* determina las condiciones de posibili-

(23) "Nicht minder paradox ist der psychologische Hintergrund dieser erkenntnistheoretischen Situation: Ein reduziertes Ichgefühl lässt die Funktion des menschlichen Geistes zu einem bloss unselbständiges, keineswegs schöpferischen Abbilden herabsinken und gestattet zugleich diesem in der Erkenntnis nur zu einer unzulänglichen Reproduktion fähigen Geist, mit nichts als seinen eigenen Mitteln eine ganze transzendente Welt zu konstruieren. Es ist als ob der in Verstand und Sinn missachtete Geist sich mit seiner Wunsch erfüllendes Phantasie entschädigte" (*Phil. Grundl.*, p. 43).

(24) "Das Ding an sich ist ihm (dem Menschen) nicht der Ausdruck einer transzendenten Realität, sondern der Grenzpunkt des unendliches Prozesses der Erfahrung. Er kann die Dinge der Erfahrungswelt nicht zu blossen "Erscheinungen" degradieren und dieser ganzen Welt als blossen Schein, die Realität nehmen. Denn die Welt ist — sowie sie uns erscheint, weil es eben für uns keine andere gibt und geben kann — die einzige und darum die einzig reale" (*Phil. Grundl.*, p. 61).

(25) *Phil. Grundl.*, p. 62.

dad objetiva del conocer. Lo *Trascendental* substituye, así, a la *Trascendencia.*

Toda influencia subjetiva es desterrada, para dejar libre el campo a la pura objetividad. *Lógica* y *Relativismo* entran en primer plano, pues la idea de lo Absoluto enraiza más en el dominio de la voluntad que en el de la Inteligencia.

Y estos son los fundamentos filosófico-psicológicos de una teoría que quiere renunciar en serio a la hipótesis de un Derecho natural y que, por eso, se la puede calificar de "positivismo jurídico" (26). Renunciando a un "Derecho en sí", la teoría jurídica se limita a ser teoría del Derecho positivo. Este es obra del hombre y no necesita justificación. Esto no es atribuirle un valor absoluto. Su validez es siempre relativa, hipotética: pero es la validez de un deber ser.

La investigación tenderá, pues, no a establecer o averiguar normas materiales, de cierto contenido, sino a establecer las "condiciones formales", los "supuestos hipotéticos" de todo posible Derecho positivo. Aquí entra en juego la "norma fundamental" *(Grundnorm)*. Así como las leyes del conocimiento no son leyes de la experiencia, porque son *condiciones de toda experiencia,* la norma fundamental no es una proposición jurídica positiva, porque no es puesta, sino *supuesta;* es condición de toda norma jurídica positiva. Y así como el mundo empírico no "deriva" de las leyes trascendentales, sino que, simplemente, deviene "concebible" por medio de ellas, el derecho positivo no deriva, en su contenido de la *Grundnorm* sino que ella es la condición de cognoscibilidad de un orden dado. El contenido de la norma fundamental, el *Faktum* particular dado históricamente y que vale como primer acto productor de Derecho, va directamente referido al material que ha de concebirse como Derecho positivo, a la multitud de actos empíricamente dados que surgen con la pretensión *subjetiva* a la consideración de actos jurídicos y que, *objetivamente,* sólo la alcanzan por la posibilidad de referencia a un "acto fundamental" *(Grundakt)* que es *presupuesto* como hecho pri-

(26) *Phil. Grundl.,* p. 63. Cfs. Barna Horvath, en *Z. öff. Recht,* Bd. VII; Gysin y Stockhammer, en ib., Bd. VIII, ps. 66 y ss. y 571 y ss.

mario productor de Derecho. Esto implica un *mínimum* de coincidencia entre *normatividad (Sollen)* y *eficacia (Sein)* que cabe expresar en esta forma: *por la norma fundamental debe ser instituída una tal autoridad productora de Derecho cuyas normas sean generalmente obedecidas.* En este sentido, por la *Grundnorm* el poder *se transforma en Derecho* (27).

Pero la norma fundamental aspira a más. No se limita a ser el supuesto de un orden históricamente dado; quiere ser condición de posibilidad de todo Derecho en tanto que objeto de conocimiento científico, es decir, considerado como un todo pleno y libre de contradicción interna. Bajo este punto de vista, podría caracterizarse la teoría de la *Grundnorm* como "Derecho natural lógico-trascendental", siempre que quede claro que no se trata de un Derecho natural "independiente" y "más allá" del positivo: no es nada "trascendente" sino "condición trascendental" de la experiencia jurídica. Por lo demás, bien que inconscientemente, el Derecho natural clásico no ha obrado de otro modo. El famoso *ideal de la justicia* es algo que sirve para todo; es la misma norma fundamental que constituye como orden el material empírico-jurídico. La reducción de la *Justicia* a la *igualdad,* desde Platón y Aristóteles a Fríes y Nelson, no dice *qué es lo igual,* sino que si A y B son iguales deben ser tratados igualmente. Es decir: *al ideal ético substituye el ideal lógico.* Es la consecuencia inevitable del hecho de haber convertido el problema de la Justicia, que es *un valor del querer y del obrar,* en problema de conocimiento con la consiguiente sujeción al *valor de la verdad;* es decir, a la *idea de una unidad libre de contradicciones* (27 bis). La ciencia Jurídica no puede esclarecer el ideal ético de la Justicia. La Ciencia no está autorizada a valorar. La Jurisprudencia es ciencia de valores, pero no establece valores; es ciencia de normas, pero no pone normas.

(27) *Phil. Grundl.,* p. 65.

(27 bis) Cfs. Barna Horvath en *Z. öff. Recht,* Bd. VII, p. 534: "Dem logischen Naturrecht Kelsens, dem Kelsenschen Rechtslogismus ist die übergegensätzliche Gerechtigkeitslehre inmanent. In ihrem innersten Wesen ist die kelsensche Rechtslogik eine übergegensätzliche Gerechtigkeitslehre."

C) La unidad de Estado y Derecho

a) El Estado como unidad del orden jurídico

§ 6. El pretendido concepto sociológico del Estado. — Cuando Kelsen redactó en 1911 su primera gran obra afirmaba que Estado y Derecho eran dos "aspectos" de un mismo objeto; diez años más tarde dedica un libro (28) a demostrar que Estado y Derecho no son más que dos "nombres" con que se designa la misma cosa. Pero este *monismo* se dirige también contra la concepción dominante que admite una doble naturaleza — social y jurídica — del Estado. Ya antes se ha hecho alusión a tal doctrina. Aquí corresponde fundamentarla críticamente.

La teoría imperante acepta un concepto metajurídico o, más bien, *suprajurídico* del Estado. El Estado es ante todo una "realidad" social y su esencia consiste en poseer un "poder". La cuestión, entonces, es esta: ¿en qué relación está el Estado con el Derecho? El Estado es una unión de hombres, un grupo organizado de hombres, una corporación. Su concepto cae, por tanto, bajo el concepto de Sociedad y, como tal, es objeto del conocimiento científico-social que se llama *Doctrina social del Estado*, que es un capítulo de la Sociología. Tiene, pues, una realidad empírica, semejante a la que poseen cualesquiera otros "hechos sociales".

En este sentido es algo opuesto al Derecho que cae bajo el concepto de norma. Derecho es conjunto de reglas, complejo de mandatos y prohibiciones, "orden de la conducta". La existencia del Derecho no pertenece a la realidad causal sino a la idealidad normativa. Sin embargo, le es necesaria la positividad, la "eficacia" y ésa se la da el Estado con su fuerza y su poder, el Estado que está "tras" el Derecho para desplazarlo de la esfera ideal del debe ser a la esfera del ser, al mundo de la realidad. Así, Estado y Derecho se distinguen: el Estado es la "unión", el Derecho la "norma de la unión". Tal es el punto de coincidencia de las múltiples, entre sí discrepantes, teorías del Estado. Que se

(28) *Der soziologische und der juristische Staatsbegriff*, 1922 (2.ª ed., 1928).

afirme que el Estado "produce" el Derecho, o que, simplemente, le "garantiza", o le "realiza"... etc., es indiferente. Todas operan con un dualismo; todas conciben al Estado como un hombre o, mejor, como un *macroantropos*, como un "Superhombre" (29) que "produce", "garantiza", "realiza"... etc., el Derecho.

JELLINEK es el representante genuino de la concepción de la doble doctrina del Estado y de aquella otra que ve en el Estado el supuesto del Derecho. JELLINEK dice: para el conocimiento jurídico se trata de contestar a esta pregunta: ¿cómo hay que pensar jurídicamente al Estado? (30). Pero uno y mismo objeto puede dar motivo a numerosas clases de conocimiento. Una sinfonía interesa tanto a la Fisiología como a la Estética. También el Estado puede ser objeto de una doble consideración sociológico-jurídica (31). Pero aquí, dice KELSEN, hay un error. *La identidad del objeto del conocimiento es condicionada por la identidad del método del conocimiento.* El objeto lo produce el método; dos métodos diversos no podrían, pues, producir el mismo objeto. Una sinfonía interesa más o menos al fisiólogo; pero éste, en cuanto tal, no opera ya con una sinfonía que es, exclusivamente, hija del método de la Estética (32). JELLINEK pretende justificar el absurdo lógico que se anida en el corazón mismo de su doctrina alegando que él pretende sólo conocer las "propiedades jurídicas" de un objeto real — en el sentido de cosa de la naturaleza, — pero que el conocimiento jurídico del Estado no aspira a concebir su "esencia" real, sino que se trata sólo de hacerlo "jurídicamente pensable", de hallar un concepto en el que las propiedades jurídicas del Estado puedan pensarse sin contradicción. Pero si el Estado ha de ser objeto de un concepto jurídico, bajo esa palabra sólo podrá compren-

(29) *Begriff*, p. 3. Cfs. la crítica de Hold-Fernek, *Der Staat als Ubermensch*, y la réplica kelseniana del mismo título, Viena, 1926. Cfs. del mismo: *Der Staat als Integration*, 1930. Hold-Fernek sostiene que el Estado es un "superhombre" (claro que en sentido sociológico — como "macroantropos" — y no en el sentido ético nitzscheano).

(30) *System der subjektiven öffentl. Rechte*, 2.ª ed. p. 13; *Allgemeine Staatslehre*, p. 163. Cf. Kelsen, *Begriff*, p. 115.

(31) *Allg. Staatslehre*, trad. española, ps. 169-170.

(32) Kelsen, *Begriff*, p. 116.

derse lo que puede ser objeto de conceptos jurídicos; o el Derecho en general o una parte del mismo. Un concepto jurídico del Estado será posible sólo si por Estado se entiende el orden jurídico o una parte del mismo. Lo que la Sociología estudia como Estado no es ya el Estado, sino algo esencialmente diverso que no guarda ninguna relación con él (33).

Es casi inconcebible cómo JELLINEK, después de edificar su sistema sobre el dualismo de *Sollen* y *Sein*, después de haber contrapuesto el deber ser del Derecho al ser social afirma: ningún Estado es posible sin Derecho. Tan esencial es el Derecho al Estado que su genuino conocimiento es imposible si se desconoce su naturaleza jurídica. El substrato de los conceptos jurídicos, continúa, son siempre hechos reales, porque el fin del Derecho es aplicarse a hechos reales, pero estos hechos no son el concepto jurídico mismo. Tampoco los hechos son los conceptos sociales, objeta KELSEN. JELLINEK desvirtúa su teoría cuando, seguidamente, dice: "los conceptos jurídicos son *abstracciones de reglas de Derecho*, cuyo fin es ordenar la multitud de reglas bajo un

(33) "Der Versuch, eben dasselbe Objekt: den Staat, zum Inhalt zweier verschiedener Begriffe, eines sozialen und eines Rechtsbegriffes zu machen und dabei die Identität des Erkenntnisgegenstandes aufrechtzuerhalten, muss natürlich zu den schwersten Widersprüchen und Versenkungen führen — wenn "Staat" ein Rechtsbegriff sein soll, dann kann unter "Staat" nichts anderes verstanden werden als dasjenige, was überhaupt Gegenstand eines Rechtsbegriffes sein kann. Ein Naturbegriff ist entweder der Begriff der Natur überhaupt, oder eines irgendwie bestimmten, abgegrenzten Teiles der Natur. Ein Rechtsbegriff ist entweder ein Begriff des Rechtes überhaupt, d. h. der gesamten Rechtsordnung oder eines irgendwie bestimmten, abgegrenzten Teiles derselben, eine Teilordnung des Rechts, wenn Staat ein Rechtsbegriff sein soll. Und Staat kann dann ebensowenig oder ebensosehr eine "Realität" oder ein soziales Faktum sein wie das Recht. Es muss solchen Realitäten oder Fakten in demselben Sinne entgegengesetzt werden wie die Rechtsnormen, wenn überhaupt das Recht in seiner spezifischen Geltungsexistenz dem Natursein oder dem ihm gleichgesetzten sozialen Sein als Sollen entgegengestellt wird. Verzichtet man auf solchen Gegensatz, dann ist Rechtswissenschaft nur eine naturwissenschaftlich Spezial-wissenschaft, dann ist der ganze Dualismus von explikativer und normativer Betrachtung, von Soziallehre und Rechtslehre sinnlos. Gerade dieser Gegensatz bildet die Grundlage der Jellinekschen Staatslehre" *(Begriff*, p. 117).

punto de vista unitario". Luego el substrato de los conceptos no son hechos, sino normas. Y el Estado, como substrato de un concepto jurídico sólo podrá ser un concepto normativo. Luego si es verdad — que sí lo es — la afirmación de JELLINEK, que por los conceptos jurídicos no se conoce nunca un ser real, sino sólo normas de Derecho (34), el Estado, que es un concepto jurídico, ni tiene existencia real ni tiene nada que ver con cualquier existencia real a la que se dé el nombre de Estado.

§ 7. IDENTIDAD DE ESTADO Y ORDEN JURÍDICO. — El Estado es un orden normativo expresado en un sistema de normas o "juicios hipotéticos" (35) en los que la condición es enlazada con la consecuencia por medio de un *deber ser*. Así el Estado como el Derecho son un "valor", un "deber ser" contrapuesto a la "realidad", al "ser". Esta contraposición corresponde a la de "Espíritu" y "Naturaleza". El Estado no tiene existencia natural, no pertenece al ser; su valor no es el de la "legalidad causal" sino el de la "legalidad normativa". La norma que dice: *si alguien roba debe ser castigado,* enlaza el hecho — robo — con la consecuencia — castigo — de modo muy distinto a como son enlazados el hecho y la consecuencia en esta otra proposición: *un cuerpo se dilata si se le calienta.* (No se dice en este caso *debe dilatarse,* ni se dice en el primero que *será castigado,* porque *puede no serlo.)* También hay que distinguir cuidadosamente el "deber ser" de las normas del "deber moral", pues la confusión de lo ético y lo jurídico es, justamente, la esencia del repudiado Derecho natural.

Sólo será posible captar la esencia del Derecho y del Estado como un sistema absolutamente ideal de normas, cuando se comprenda el sentido y substancia de estas normas, y su propia coherencia prescindiendo en absoluto de si "se realizan" o no. Es indudable que el "deber ser" tiene siempre una cierta realización; el de la Lógica en el "ser" del pensamiento justo; el de la moral en el "ser" de la acción recta, el del Derecho en la

(34) *Allg. Staatslehre,* trad. esp., p. 28.
(35) V. más adelante, cap. III, § 27 y ss.

"conducta jurídica" de los hombres. Pero cuando el "Valor" se realiza, ni él es la "causa" de la realidad, ni la acción es el "efecto" de la norma. La moral, el Derecho, no son causa de acciones morales o jurídicas. La causa son pensamientos, sentimientos, voliciones, vivencias psíquicas que pertenecen al mundo del ser. Pero estos momentos carecen de relevancia jurídica. La Jurisprudencia, en cuanto teoría "pura" del Derecho sólo puede interesarse por el conocimiento del puro Derecho o del puro Estado (36).

* * *

El Estado es un orden coactivo. No nos interesa la facticidad de la coacción; porque la coacción es el *contenido* de la norma. El Estado es la unidad de un sistema de normas que regulan bajo qué condiciones se practicará contra un hombre coacción por otro hombre (37). Más aun. Empíricamente sólo son "dadas" acciones humanas; sin embargo estas acciones se las imputamos no a su agente físico, sino a una esencia incorporal que está "tras" él y, así, el Estado es ese "punto ideal de imputación", consistente en *normas*. Pues el Estado no puede caracterizarse por el hecho de que un hombre domine sobre otro, de que una voluntad se imponga a otra (38), sino que existe un orden "según el cual" uno manda y otro obedece. Sólo este orden funda la unidad de las innumerables relaciones de poder que serían dadas a la mera consideración empírica. El orden estatal ha de apoyarse en un acto de coacción, en último término.

Si Estado y Derecho, pues, pertenecen a la misma categoría

(36) *Begriff*, p. 81.
(37) *Begriff*, p. 82; *Compendio*, p. 41.
(38) Esta doctrina recuerda irresistiblemente la de Duguit, para quien la afirmación de una "jerarquía de voluntades" es de orden puramente metafísico. Pero por no haber intentado sobrepasar la pura consideración sociológica con un mínimum de método jurídico, se ve obligado a prescindir del Estado, que queda diluído en la oposición de gobernantes y gobernados, y en el hecho brutal de la dominación de éstos por aquéllos, que detentan la fuerza. Fuera de esto no existe, si bien se mira, diferencia esencial con Kelsen: el orden de la "regla social" que da validez a los actos de los gobernantes, podría traducirse por el "punto ideal de imputación" de esos actos, y que constituye el Estado.

del orden normativo y se ve la esencia de la norma en su carácter coactivo, Estado y Derecho son órdenes coactivos en el sentido de sistemas de normas reguladoras de la coacción (39). Una determinación del concepto de Estado termina, irremisiblemente, en una definición del Derecho. También entre orden jurídico internacional y Unión de Estados hay la misma correlación que entre orden jurídico particular y Estado. No hay posibilidad de distinción. En vano se alegará que el Estado es el "aparato de la coacción" *(Zwangsapparat)* y el orden jurídico el Derecho "propiamente dicho", pues se olvida que aquel "aparato" tiene que ser, a su vez, un sistema de normas (40). También es inadmisible recurrir a la concepción popular de un "poder" del Estado representado, por ejemplo, en los cañones, bayonetas, etc. Pues los cañones y demás máquinas guerreras sólo en conexión con acciones humanas hallan cabida en el reino de lo social. Ellas no son "poder". Hay poder en la fuerza motivadora de la representación de normas y por eso carece de sentido representarse el Estado como un poder que está tras de las normas para realizarlas. El Estado es, por el contrario, un orden ideal que se realiza. En el momento en que la "Ideología" desaparece, pierde su eficacia, ya no hay "poder del Estado": ¿podría, empero, admitirse que el Estado había desaparecido?

Las normas que forman el orden estatal son, pues, las normas jurídicas. La norma jurídica es la regla en virtud de la cual se produce la imputación al Estado. Este es sólo la *personificación del orden jurídico*. Pero el concepto de "persona" no corresponde a nada real: es una ficción, "ficción personificativa" como la llama VAIHINGER (41). Ver en el Estado algo distinto del Derecho es

(39) "Staat und Recht fallen beide unter die gleiche Kategorie der normativen Ordnung. Und wenn man — gleichfalls in Ubereinstimmug mit der herrschenden Auffassung — das Wesen der Rechtsnorm in ihrem Zwangscharakter sieht, dann sind Recht und Staat gleicherweise Zwangsordnungen im Sinne eines Systems zwanganordnender Normen" *(Begriff*, p. 87).

(40) *Begriff*, p. 89.

(41) *Begriff*, ps. 205 y ss. Cfs. sobre Vaihinger y la aplicación que hace Kelsen de su teoría ficcionalista, el capítulo de este trabajo dedicado a los "ingredientes filosóficos del pensamiento kelseniano", ps. 214 y ss.

una duplicación inútil del mismo objeto de conocimiento y una construcción ilícita, hija de la tendencia "antropomórfica" del hombre que en todo quiere ver su "imagen y semejanza".

§ 8. Los problemas de la Teoría general del Estado como problemas jurídicos. — La tesis aquí desarrollada de que Estado y Derecho coinciden, en tanto que el Estado como orden es idéntico al ordenamiento jurídico — ya total, ya parcial, — contradice la opinión corriente según la cual Estado y Derecho tendrían que ser dos cosas distintas que se encuentran unidas de una cierta manera.

Ya antes hemos hecho alusión a esta idea que es fuente de todas las contradicciones en que se mueve la Teoría general del Estado. Al personificar el Estado se olvida que la personificación es sólo un medio de conocimiento para apoderarse mentalmente del objeto, una imagen auxiliar para expresar la unidad en la variedad y multiplicidad de las representaciones e, indebidamente, se la hipostatiza y se la convierte en un objeto independiente: y así el objeto originario de conocimiento es duplicado y se crea el problema aparente de la relación entre dos objetos que, en el fondo, son uno solo. Los problemas aparentes no pueden *solucionarse* satisfactoriamente, sino sólo disolverse en cuanto a tales (42).

Si se concibe al Estado como ordenamiento jurídico, entonces hay que desarrollar y solucionar todos los problemas de la doctrina general de aquél desde este punto de vista. La exactitud de este supuesto, esto es, de la opinión que afirma que el Estado es el ordenamiento jurídico, se comprueba no meramente porque sólo es posible obtener así las soluciones apetecidas formando un sistema unitario y cerrado; sino también porque únicamente en este supuesto cabe que se vean las conexiones íntimas de estos problemas en cuestión. Y, efectivamente, todos los problemas de la Teoría general del Estado son problemas en torno de la validez (o vigencia) y la producción del orden jurídico: y, por lo tanto, problemas jurídicos. Lo que se llama elementos del Estado: poder, territorio y pueblo no son otra cosa que (respectivamente)

(42) *Compendio,* p. 47; *Allg. Staatslehre,* ps. 66 y ss.

la validez del orden jurídico en sí y los campos espacial y personal de su vigencia. Un caso singular dentro de la cuestión acerca del campo espacial de vigencia de las normas que forman el orden estatal lo constituyen los problemas en torno a la naturaleza de aquellos complejos jurídicos, que surgen en virtud de una articulación rerritorial del Estado; tales son las cuestiones de la *centralización* y *descentralización;* desde qué puntos de vista puede concebirse la descentralización administrativa; las corporaciones de administración autónoma; los Estados particulares dentro de la Federación; los fragmentos del Estado, etc.; y de un modo particular las uniones entre Estados. La doctrina de los tres poderes o funciones del Estado, tiene por objeto el estudio de los varios grados escalonados de producción del orden jurídico (43).

Los órganos del Estado pueden sólo ser concebidos como situaciones de la producción del Derecho y las formas del Estado no son otra cosa más que *métodos de producción del orden jurídico,* al cual se llama, en sentido figurado, *voluntad del Estado* (44).

Todos estos problemas de la Teoría general del Estado son o bien problemas acerca de la esencia, esto es, de la forma del orden estatal, o bien cuestiones acerca de su contenido; con respecto a esto, la investigación trabaja sólo con el *contenido posible,* lo cual produce como resultado la *fijación de tipos.* Dentro de la Teoría general del Estado no hay que plantear la cuestión acerca de los contenidos justos o rectos del ordenamiento estatal. Este es el tema de la Política, de la ciencia política bajo cuyo nombre puede designarse la disciplina especulativa sobre la teoría política, para diferenciarla de la Teoría general del Estado. *Ésta, para conservar la pureza de su método, tiene que cerrarse absolutamente a toda irrupción de actitudes específicamente políticas* (45).

(43) *Compendio,* ps. 110 y ss.; *Allg. Staatsl.,* ps. 221 y ss.; *Die Lehre von der drei Gewalten usw.*

(44) *Compendio,* ps. 48 y 119 y ss.; *Allg. Staatsl.,* ps. 320 y ss.; cfs. *Staatsform als Rechtsform.*

(45) *Compendio,* ps. 47 y 48; *Allg. Staatsl.,* ps. 26 y ss. Cfs. Recaséns, *Direcciones contemporáneas del pensamiento jurídico.*

b) "Poder" del Estado y "Validez" del orden jurídico

§ 9. El llamado "poder del Estado". — Es corriente hablar de "autoridad" del Estado, de "voluntad" del Estado, de "poder" del Estado. Se afirma que el Estado debe ser concebido, ante todo, como autoridad y, consecuentemente, la relación del Estado con los hombres cuya conducta regula en su ordenamiento, como una relación de supraordinación y de subordinación y que éstos deben ser considerados como "súbditos" del Estado. No se puede captar la esencia del Estado sin pensar en que emanan del mismo deberes que obligan a los hombres en cuanto permanecen dentro de la Sociedad política, a una conducta recíproca determinada. Y el Estado puede ser pensado como autoridad que se halla por encima de los hombres, sólo en tanto que sea un orden u ordenación que obliga a los hombres a un comportamiento determinado; sólo en tanto que sea un sistema de normas reguladoras de la conducta humana. De otro modo, sería forzoso atribuir a tal afirmación un sentido místico (46).

Cuanto a la llamada "voluntad del Estado" no puede entenderse por tal otra cosa que la misma proposición jurídica o, si se quiere, la *validez objetiva del orden al que llamamos Estado* (47), pero nada más. Psicológicamente no hay más voluntad que la de los sujetos individuales.

Finalmente, se habla del "poder" o "fuerza" del Estado pensando en los cañones, bayonetas, bombas de gases, etc. (v. atrás). Está ya demostrado que el Estado tiene una existencia puramente conceptual, que no es sino un *Gedankenwesen,* lo cual no excluye la existencia de un poder: ¿qué habrá de entenderse por tal? El Estado es conocido como un orden ideal, como un sistema de normas coactivas en cuya validez descansa su específica existencia espiritual. En que este orden, como contenido espiritual, sea *representado* y *querido* por hombres, convertido

(46) *Compendio,* ps. 28-29.
(47) *Compendio,* p. 30; *Allg. Staatsl.* ps. 17 y ss. y 71.

en *motivo* de su obrar, en esta *eficacia* consiste el *poder o fuerza,* que con injusticia se atribuyen al Estado o se identifican con el Estado. Se confunde indebidamente un contenido espiritual, con el proceso psíquico que se lo apropia; la *Ideología,* en que consiste el Estado, y que tiene su asiento en el reino del Espíritu, con la motivación anímica subjetiva, que pertenece a la Naturaleza. Pero con esta confusión no lograremos un criterio objetivo del Estado. Si se piensa, atendiendo sólo a la faz superficial de los fenómenos, que la existencia del Estado descansa propiamente en esta *influencia* o *eficacia,* entonces con esta realidad del Estado no hemos postulado otra cosa que la realidad que se atribuye a ciertos entes, los cuales existen mientras se cree en ellos; de este modo, además, es difícil decidir cuál sea la realidad que, en este poder del Estado, deba atribuirse con verdad a éste, y qué parte a otros motivos o poderes (morales, religiosos, etc.). La existencia del Estado sería así absolutamente subjetiva. Pero aquí se busca un criterio objetivo: y *objetivo lo es sólo la validez o vigencia del orden normativo cuya expresión es el Estado* (48).

(48) *Compendio,* p. 34; cf. *Begriff,* p. 91: "Dass der Staat nur ein Gedankenwesen sei, diese Erkenntnis schliesst keineswegs die übliche Anschauung aus, nach der mit dem Begriff des Staates die Vorstellung einer intensiven "Macht" oder "Gewalt" verbunden ist. Nur dass eben das Verhältnis, in dem der Staat zu dieser "seiner" Macht steht, richtig gestellt wird: der Staat ist als einer ideelle Ordnung, als ein System von Zwangsnormen erkannt, in deren Geltung seine spezifische geistige Existenz ruht. Darum, dass diese Ordnung als geistiger Inhalt von Menschen vorgestellt und gewollt und so zum Motiv ihres Handelns wird, in diese Wirksamkeit besteht die Macht oder Gewalt, die man mit Unrecht als die des Staates bezeichnet oder gar mit dem Staate identifiziert. Denn es geht nicht an, einen geistigen Inhalt mit dem seelischen Prozess, dem natürlichen Ablauf psychischer Akte zu vermengen die den spezifischen Inhalt, auf dessen Eigengesetztlichkeit es ankommt, gleichsam nur tragen. Es ist nicht zuletzt die irreführende Aequivocation unserer Sprache, die zwischen Denken und Gedachtem, Wollen und Gewolltem nicht scharf genug unterscheidet, die auf dem Gebiete der Staats — und Rechtslehre zu der verhängnisvollen Identifikation der allein als "Staat" zu begreifenden Ideologie mit ihrem psychischen Vehikel geführt hat. Erkennt man, dass der kausalgesetzliche Ablauf jener psychischen Akte, in denen das Erleben der Staatsideologie, ihr Denken, Fühlen, Wollen sich vollzieht, dem Reich der Natur angehört und nur durch naturwis-

§ 10. "VALIDEZ" Y "EFICACIA" DEL ORDEN ESTATAL. — Los conceptos fundamentales que aquí se barajan son los de "positividad" del Derecho y "soberanía" del Estado que, para KELSEN, son completamente idénticos.

Así como la ciencia jurídica es ciencia rigurosamente autónoma que no depende de la Moral, de la Teología o de la Política, el orden jurídico es también un orden autónomo que "vale" por sí mismo y sin necesidad de las justificaciones metajurídicas que busca en vano el Derecho Natural. Una norma contraria a la moral o a la razón es, sin embargo, norma jurídica (49). Si Estado es idéntico con orden jurídico, soberanía del

senschaftliche-psychologische Betrachtung fassbar ist — (sofern sich ein so kompliziertes Problem überhaupt mit Aussicht auf Erfolg behandeln lasst!) — während die Ideologie des Staates selbst als ideelle Ordnung in der Sphäre des Geistes ihren Platz hat, dann bedeutet die gerügte Begriffsverschiebung, die an Stelle eines geistigen Inhalts den ihm zugeordneten psychischen Prozess treten lässt — sie ist auch auf anderen Erkenntnisgebieten häufig und bildet speziell innerhalbder Philosophie den charakteristischen Gegenstand des Kampfes, den der Logismus gegen der Psychologismus führt — zugleich auch die Verswischung des Gegensatzes von Natur und Geist. Der Versuch, den Staat als "reale" Macht, d. h. als ein Stuck kausalgesetzlicher Natur zu begreifen, muss an dem inneren Widerspruch scheitern, der in der Identifikation der naturgegensätzlichen Geistigkeit einer Ideologie mit den naturgesetzlichen Bewegungen des Motivationsmechanismus besteht."

(49) Der Begriff des "positiven" Rechtes hat sich in Gegensatz zu demjenigen der "Natur"-Rechtes entwickelt. Mit der Behauptung der "Positivität" des Rechtes lehnte man die naturrechtliche Auffassung ab die das Recht aus der "Vernunft", der "Natur der Sache", der Moral oder sonst einer nicht spezifisch rechtlichen Ordnung abzuleiten versuchte, die somit die Geltung der Rechtsordnung auf die Geltung einer über dem Rechte gedachten Norm eines anderen Normsystems zurückführen zu müssen glaubte. Das Wesentliche der von der positivistischen Rechtserkenntnis abgelehnten naturrechtlichen Auffassung und zugleich der Grund dieser Ablehnung ist darin zu erblicken, dass die Naturrechtstheorie die Geltung einer als Recht behaupteten Norm nur durch deren Einklang mit der Vernunft, Natur, Moral oder sonst einem "höheren" Prinzipe legitimiert, während der Positivismus auch die Vernunft-Natur-oder Moralwidrige Rechtsnorm fur gültig erkennt, indem er es ablehnt, die Gültigkeit des Rechtes weiter zu rechtfertigen oder mit an deren Worten, aus einer höheren Ordnung abzuleiten, der gege-

Estado es la cualidad de un orden jurídico de ser "más alto", es decir, cuya validez no deriva de ningún otro.

Algunos pretenden que positividad del Derecho es idéntico con su facticidad; así RADBRUCH (50) la define como la "eficacia del Derecho en la Sociedad". Pero esto no puede interesar a la ciencia jurídica. El hecho de que ciertas *representaciones* jurídicas se produzcan de una manera determinada y *motiven* la conducta de los hombres, no puede hallar cabida dentro de una ciencia que considera el Derecho como norma, como deber ser, que opera con los conceptos de validez, de facultad, de deber, de persona, que no pueden tener otro sentido que el normativo, pues el conocimiento de una tal ciencia muévese en una dirección de la que toda realidad del mundo de lo social, causalmente determinada, es excluída. "Sólo los procesos psíquicos de representación y volición del Derecho, pero no el Derecho como contenido de este proceso es *positivo* en el sentido de *facticio*" (51). Esta concepción de la positividad del Derecho es hija, en verdad, de la superación del Derecho natural. Ahora no se dice: el Derecho vale porque y en tanto que sus normas derivan de la moral, de la razón o de la naturaleza, sino por la fuerza de los hechos, porque es puesto o aceptado por una voluntad humana. Pero la falta de sentido de esta contestación resalta una vez que se considera que la cuestión del fundamento de la validez significa tanto como: *por qué las normas jurídicas deben ser puestas y cumplidas* y no: *por qué de hecho son puestas y cumplidas,* pues si esto significara, la respuesta sería sólo aparente: expresaría *que el Derecho debe ser puesto y cumplido porque de hecho es puesto y cumplido* (52). Nunca a la cuestión de un *deber ser* es lícito contestar con un *ser.* El positivismo demostró no haber comprendido el verdadero sentido de la superación del Derecho natural, que no estaba en buscar "otro" fundamento para el

nüber sich das Recht als eine irgendwie qualifizierte Teilordnung darstellt" (*Souveränität,* p. 87).

(50) Cf. Radbruch, *Grund. der Rechtsphilosophie,* p. 180. También Stammler, *Lehrbuch der Rechtsphilosophie,* sostiene doctrina parecida.

(51) *Souveränität,* ps. 89-90.

(52) *Souveränität,* p. 90.

Derecho positivo, sino precisamente en no fundamentarlo, en justificarlo por sí mismo, en considerar el orden jurídico como "más alto", de ningún otro derivado ni derivable, es decir, como "soberano". Y esto es condición precisa de la Ciencia Jurídica; pues equiparar positividad y facticidad sería convertir la Jurisprudencia en un capítulo de la Sociología.

Sin embargo, entre validez y eficacia hay una cierta relación. En primer lugar, es innegable que un orden estatal es supuesto como válido sólo si es eficaz. Esto no quiere decir que, sin excepción, motive a todos los hombres; basta un cierto grado de eficacia no exactamente determinable (53). Con esto quiere decirse que así como no sería posible ningún teorema pitagórico si no hubiera ningún hombre que lo pensara, tampoco un orden sería válido si no motivase a "ningún" hombre. Es decir, el acto psíquico es condición *sine qua non*, pero no condición *per quam* de la validez, cuyo fundamento está en otra parte. Parece como si este fundamento fuera, en último término, siempre un *Ser*.

¿Por qué debo obedecer una norma religiosa o jurídica? — se pregunta: — porque así lo manda Dios, el Parlamento o el monarca — se contesta.

Pero aquí se encierra un error lógico. Yo no debo comportarme de tal o cual manera porque Dios, la conciencia o la razón *lo quieren*, sino porque *debo obedecer* el mandato de Dios, de la conciencia o de la razón: este es el último, de ningún otro derivable, fundamento de la Religión y de la moral; sólo como contenido de una norma superior hay un *deber ser* en un mandato. Por eso, la pregunta: ¿por qué deben obedecerse las normas jurídicas? no puede contestarse haciendo referencia a un acto de legislación o al hecho de producción del Derecho por costumbre, sino refiriéndose a una norma que manda obedecer el mandato del *Herrscher*, que ordena comportarse como suelen hacerlo los demás, una norma, en fin, que pone el llamado "proceso de producción del Derecho" como condición de un *deber ser*.

Queda, pues, el hecho de que la Jurisprudencia sólo trata

(53) *Begriff*, p. 93. V. atrás; cfs. *Phil. Grundl.*

como válido un orden eficaz de modo regular. Sería un contrasentido pretender que están vigentes — es decir, que son válidos — el orden jurídico del *ancien régime*, en Francia, la Constitución de 1867 en Austria o el régimen zarista, en Rusia.

Hay que buscar un "punto de partida" del orden válido. Ello es función del jurista, que puede optar por uno u otro. Únicamente, la norma que determina el supuesto de un orden jurídico, no puede ya ser norma jurídica. (Sobre su sentido lógico-trascendental ya se ha hablado anteriormente) (54). Que como Derecho positivo se presupone un orden eficaz de modo regular, es no sólo un hecho, sino un postulado, "debido", en cierto sentido. Pero tal postulado no tiene nada que ver con el concepto del Derecho. Se trata, pues, de una "hipótesis", de algo que es extra o metajurídico. Por eso, una vez más, es equivocado introducir en el concepto del Derecho la "eficacia" de sus normas (55). Todo lo más que puede decirse es que entre el contenido del sistema "Derecho" (o Estado) y su parte correlativa del sistema de la naturaleza tiene que haber una cierta coincidencia, que no puede sobrepasar un determinado máximum, pero tampoco descender de un mínimun (56).

(54) V. atrás, sobre el Derecho natural lógico-transcendental en Kelsen.

(55) *Souveränität*, ps. 94 y ss.

(56) "Für die Wahl des Ausgangspunktes staats- oder rechtwissenschaftlicher Betrachtung, für die Gestaltung der entscheidenden Ursprungsnorm ist ein Postulat massgebend, dass eine bestimmte Relation zwischen dem Inhalt des durch die Ursprungsnorm zu begründenden Sollens und dem Inhalt des korrespondierenden Seins garantieren will: die Spannung zwischen dem Sollen und dem Sein, die als Möglichkeit einer inhaltliche Differenz — dem Wesen jeder normativen Ordnung entsprechend — grundsätzlich bestehen bleiben muss, darf andererseits wieder nicht über ein bestimmtes Höchstmass hinausgehen. In dieser Determination verknüpft sich Normativität und Faktizität in eigenartigster Weise zu einer charakteristischen Parallelität von Geltung und Wirkung. Was damit zum Ausdruck gebracht werden soll, ist die Tatsache, dass dem ideellen System der Staats — oder Rechtsordnung in seiner spezifisch normativen Gesetzlichkeit ein Stück des realen Lebens, des tatsächlichen, nach kausaler Gesetzlichkeit ablaufenden Verhaltens der Mensche irgendwie zugeordnet ist, und das zwischen dem Inhalt

§ 11. La "Constitución" como "fuente de validez". — Es un error corriente considerar el Derecho como exclusivamente comprendido en la forma general de la Ley; pues desde la constitución hasta el acto de administración y el negocio jurídico privado, el Derecho se escalona, individualizándose cada vez más su contenido. Cada uno de estos grados constituye un *orden* o *sistema* coordinados entre sí y ligados por una norma común: la *constitución en sentido jurídico-positivo*. Es la constitución la que garantiza la "unidad" del sistema total y no una "voluntad" que, jurídicamente, será siempre un fenómeno irrelevante. La constitución delega; se limita a establecer que *algo debe ser*, pero deja el *cómo* "en blanco", para que otros lo llenen (57). Así, la Ley, el decreto, la sentencia judicial, el negocio jurídico estatuyen normas por "delegación" (58). Y cada una deriva su validez de la norma más alta. La constitución positiva deriva, aún, su validez de una norma más alta, pero que es ya puramente hipotética, supuesta, y que ya no deriva de otra ninguna: es la

des Systems "Rechtes" (oder "Staat") und jenem des zugeordneten Stücks des Systems "Natur" eine gewise Übereinstimmung bestehen muss, die ein gewisses Maximum nicht überschreiten aber auch nicht unter ein bestimmtes Minimum sinken darf" (*Begriff*, ps. 95-96). Cf. *Compendio*, ps. 31-33, y *Allg. Staatslehre.*

(57) *Souveränität*, p. 116.

(58) "Bei den durch Rechtsgeschäft gesetzten Normen ist allerdings — um Missverständnisse zu vermeiden — eine gewisse Einschränkung ausdrücklich zu machen. Da Recht eine Zwangsordnung ist, jeder Rechtsatz — als kleinste Einheit des Rechtes — alle wesentlichen Elemente des Rechts enthalten muss, können die meist individuellen Normen des Rechtsgeschäftes nur in Verbindung mit dem — durch die Behörden in einem bestimmten Verfahren zu vollziehenden — Zwang oder Exekution vollständige Rechtssätze ergeben. Im Rechtsgeschäft werden die Parteien zunächst nur ermächtigt Bedingungen zu setzen, unter deren Zwang geübt werden soll. Nur wenn man von dem Zwangsmoment als dem gemeinsamen Faktor abstrahiert und das — vom Standpunkt des an der Rechtsordnung interessierten Subjektes relevante — zwangsvermeidende Verhalten (unter der Hypothese: man soll Zwang vermeiden) als Inhalt von Normen vorstellt, kann man den Inhalt des Rechtsgeschäftes für sich allein als ein System von Normen erkennen, die — mit Rücksicht auf die primären Zwang anordnenden Rechtsnormen bezeichnet werden dürfe" (*Souveränität*, p. 118, nota).

constitución en sentido lógico-jurídico, "norma primaria", "norma fundamental", "hipótesis originaria" *(Ursprungsnorm, Grundnorm, Ursprungshypothese).* Ésta podría expresarse en una Monarquía absoluta, vg., así: debe ejercerse coacción en la forma y manera que el Monarca determine (59); y ella es la que funda toda unidad del orden jurídico. Este orden jurídico es, de este modo, positivo, "válido" y, puesto que es un orden estatal, "soberano", puesto que no deriva de ningún otro: pues si la "norma fundamental" fuese parte de otro orden jurídico aquél no sería ya soberano, sino "subordinado". Esta idea hallará desenvolvimientos ulteriores en la doctrina del Derecho Internacional, que hay que concebir como un orden unitario; y entonces se presentará al Jurista el problema de elegir norma fundamental: bien situándola dentro del orden jurídico particular — y entonces todos los demás órdenes son derivados de éste — o fuera, en el Derecho Internacional mismo, en cuyo caso éste es el único soberano.

§ 12. LAS ESFERAS DE VALIDEZ DEL ORDEN JURÍDICO (ELEMENTOS DEL ESTADO). — La teoría comúnmente aceptada sostiene que el Estado es una *autoridad (poder)* que se ejerce sobre un *pueblo* que habita en un *territorio.* Pueblo y territorio serían, pues, "partes" del Estado. Pero esta concepción es insostenible. La materialidad de los elementos tendría por resultado la materialidad del todo y ya está probado hasta la saciedad que el Estado no es una "cosa" corporal sino un orden normativo (60).

(59) *Begriff,* p. 94.

(60) "Es ist nicht so, wie die naive Vorstellung glauben machen will, dass das Staatsding eine mehr oder weniger mechanische Verbindung dieser drei voneinander auch isoliert denkbaren Dinge ist. Die Körperlichkeit beiden ersteren "Elementen" hätte die Körperlichkeit des Staatsganzen zur Folge. Auch müsste das Raumelement nicht — wie dies seltsamerweise geschieht — zweidimensional als Flache, sondern dreidimensional etwa als ein im Erdmittelpunkt mundender Kegel (ohne feste Grenzen gegen den Wetraum zu) vorgestellt werden, sofern man den Raum des Staates nicht mit den Raum identifizieren wollte, den die einzelnen Menschen des "Volkes" gerade einnehmen sondern darunter den Herrschaftsbereich des Staaten verstehet. Dieser aber ist doch offenbar auch im Sinne der herrschenden Lehre nicht der Raum, innerhalb dessen Herrschaftsakte möglich sind; sondern es ist der Geltungsbereich

Para la doctrina dominante el territorio sería el espacio en que se cumplen los actos de imperio del Estado: para KELSEN es, más bien, la *esfera espacial de validez del orden jurídico*. El territorio es, con esto, una parte del contenido del orden estatal, el *ubi* de la validez. Así como las normas determinan *qué* debe suceder, determinan también *dónde* debe suceder.

Lo raro es que la doctrina no haya tenido cuenta de otro elemento imprescindible: el *tiempo*. Pues la existencia del Estado no está sólo limitada en el espacio, sino también en el tiempo. Las normas, tanto como el *dónde*, determinan el *cuándo* de la conducta humana. Los hechos o situaciones que constituyen el contenido de la norma tienen que ser estudiados como vigentes en un determinado lugar y en un determinado tiempo, para que no suceda que la norma no esté vigente en ningún lugar ni en ningún tiempo, lo que equivaldría a decir que carecería pura y simplemente de vigencia. Una norma que no vale para ningún tiempo ni espacio, es una norma que carece en absoluto de vigencia. Se puede sólo distinguir entre normas, que con relación a los hechos por ellas estatuídos, *valen en todas partes* y *siempre*, y aquellas que sólo quieren valer *dentro de una esfera determinada, circunscrita espacial y temporalmente* (61).

Algo parecido hay que decir del elemento *pueblo*. El Estado no "se compone" de hombres, sino que hay "acciones humanas" que son "contenido" de un orden estatal de normas. Esto se expresa diciendo que el hombre viene "obligado" a ciertas acciones y así todas las acciones de todos los hombres vienen enlazadas en un sistema unitario. En este sentido, que sólo aparentemente es un doble sentido, se dice que el Estado es una "unión de hombres" (62). Por esto, no todos los hombres que se

der staatlichen Ordnung. Damit ist aber der Raum d. h. das Wo der Geltung als ein Inhaltsbestandteil der staatlichen Sollordnung aufgezeigt. So wie die Normen bestimmen, was geschehen soll, bestimmen sie auch, wo es geschehen solle" (*Begriff*, p. 85). Cfs. *Allg. Staatslehre*, ps. 14 y 137.

(61) *Compendio*, p. 63; *Allg. Staatsl.*, ps. 48 y ss. y 137 y ss.

(62) "Dass eine menschliche Handlung als Inhalt einer Norm, eines Sollens, d. h. dass sie als gesollt erscheint, drückt man auch so aus,

hallan en el territorio del Estado pertenecen al pueblo del mismo. Se exceptúan aquellos frente a los cuales está limitada la vigencia del orden jurídico del Estado particular, en méritos de una norma positiva (especialmente de Derecho Internacional); por ejemplo, representantes diplomáticos que disfrutan del llamado privilegio de extraterritorialidad. También el grado de la sumisión al orden estatal puede ser muy diverso en las varias categorías de individuos. Pongamos aquí como ejemplo, el monarca absoluto en oposición con sus súbditos. Pertenecen también al pueblo del Estado (es decir, están sometidos al orden estatal) hombres que en sentido estricto no viven en el territorio; aquí viene en cuestión de un modo especial la institución de la *ciudadanía.*

Sólo, pues, considerando los "elementos" del Estado como contenido, como validez de un orden ideal que no es posible concebir sin este contenido, pueden superarse las contradicciones en que incurre la doctrina tradicional del Estado que le considera como "llenando un espacio" y, sin embargo, no como una cosa corporal, porque representa a un ser psíquico. Por lo mismo, tal teoría va a parar al dogma de la *impenetrabilidad* de los Estados, que es una consecuencia del dogma de la Soberanía. En su virtud, dentro del territorio de un Estado sólo un orden jurídico podría estar vigente, idea que está en contradicción con los hechos, pues dentro de un Estado se realizan actos de Estados extranjeros y, por tanto, sus órdenes jurídicos pueden considerar-

---

dass der Mensch zu dieser Handlung verbunden, verpflichtet sei, und sagt damit nichts anderes, als dass diese Handlung in dem spezifischen System dieser normativen Ordnung stehe, mit anderen Handlungen zu einer normativen Einheit verbunden sei. In diesem Sinne, der nur scheinbar ein Doppel-Sinn ist, ist der Staat eine Verflechtung oder Verpflichtung von Menschen, eine menschliche Verbindung, ein menschlicher Verband. Und so wie die Einheit des — vom Standpunkt einer natürlich-geographischen Betrachtung aus — durchaus nicht einheitlichen Staatsgebietes ist die Einheit des in psychologischer, religiöser, wirtschaftlicher Hinsicht ebensowenig einheitlichen "Staatsvolkes" nur in der Einheit einer als gültig vorausgesetzten Ordnung begründet" (*Begriff*, ps. 85 y 86). Cf. *Compendio*, ps. 67 y ss.; *Allg. Staatslehre*, ps. 149 y siguientes.

se vigentes dentro de tales límites. Más tarde se verá que la Soberanía — tal como generalmente se entiende — de un Estado es incompatible con la de otro; y que la existencia de Estados sólo es mentalmente posible bajo el supuesto de que sobre estos Estados hay otro más alto que limita las esferas de su poder y validez, frente al cual los Estados particulares son sólo partes de una Unión. La Soberanía entonces pasa a la comunidad superior y los Estados pierden la diferencia esencial que los distinguía de los Estados miembros, Provincias, Municipios, etc. (Bien que cabe la hipótesis de atribuir esa "supremacía" al propio orden estatal, pues es posible, como ya se apuntó y ha de desarrollarse más tarde, la elección de norma fundamental.)

c) **La forma del Estado como forma jurídica**

§ 13. Los tipos ideales y empíricos de formas del Estado. — La doctrina de la forma del Estado, más que ninguna otra, va referida a su esencia jurídica. Es esta una materia en la que la ciencia moderna no ha ido más allá que la antigua, a partir de Aristóteles. ¿Qué se quiere, pues, decir cuando se habla de monarquía o de república, de Aristocracia o Democracia? Si con la forma del Estado se piensa determinar la organización de la autoridad que ejerce el señorío estatal — porque se concibe el Estado como voluntad *(imperium)* — o el proceso de formación de la voluntad estatal — porque se concibe al Estado como voluntad, como persona jurídica (63), — en realidad en cualquiera de los dos cabos se concibe al Estado como un orden coactivo de la vida común humana y la forma del Estado como *método de producción de este orden*. Se reconoce, implícitamente, que el Estado es un orden jurídico y que la forma del Estado es una forma jurídica, pudiendo quedar aparte la cuestión de si el Estado tiene, *además*, una realidad social, porque el problema de su forma es pura y exclusivamente jurídico.

(63) Kelsen, *Staatsform*, en *Z. öff. Recht*, Bd. V., p. 1 Cfs. *Allg. Staatslehre*, IX, ps. 320 y ss.; *Compendio*, ps. 119 y ss. Sobre esto comp. Smend., *Verfassungsrecht*, p. 74; Pagano, en *Riv. Int. di Fil. del diritto*, VII, 1926.

Por lo demás, no se trata de una contraposición de métodos de producción de Derecho, sino de producción de toda clase de normas de un orden social. No se trata tanto de *formas de Estado* como de *formas de Sociedad* (64).

El principio que domina todas las divisiones realizadas, antiguas y modernas, es la idea de Libertad. Es verdad que tal idea sería la negación de toda Sociedad, de todo Estado, de todo Derecho y, por eso, si estas entidades deben subsistir no puede ser sino en virtud de un cambio de significación de aquella idea. La "libertad natural" deviene "libertad política" y políticamente libre es quien se somete, pero no a una *extraña,* sino exclusivamente a su *propia voluntad.*

Libertad es, así, sinónimo de *autodeterminación* y de ahí surge la exigencia de que las normas del orden social sean producidas por los mismos que han de someterse a ellas. Tal es la *idea de la democracia* que tiene su opuesto en la de *autocracia,* en la que los sometidos a las normas no participan en su producción y por eso son, políticamente *no libres,* porque están sometidos a una voluntad extraña. Por lo demás, éstos son tipos ideales que no corresponden a la realidad. En la realidad hay tipos entrecruzados, escalonados desde el despotismo hasta la democracia directa, con toda la gama infinita de variedades intermedias.

Lo importante es la idea de que, al hablar de "producción del orden jurídico", no hay que referirse solamente a la producción de los grados superiores del Derecho, a la Constitución, pues esto llevaría a identificar Estado y Constitución y Derecho y Ley, error combatido por MERKL. Hay que llegar a la "forma de individualización" de las normas generales en el acto de administración, en la sentencia judicial y en el negocio jurídico. Esto, a su vez, permite comprender hasta qué punto es difícil contestar la cuestión de la forma de un Estado con el criterio unilateral de democracia o autocracia. Así, en la Monarquía constitucional, la legislación pertenece de conjunto al monarca y al Parlamento. En la Monarquía absoluta, en cambio, *hay un modo democrático de producción de Derecho en la costumbre* (65). Por eso el De-

(64) *Staatsform,* p. 2.
(65) *Staatsform,* p. 4.

recho consuetudinario tiene más importancia en las monarquías absolutas que en las constitucionales.

§ 14. La clasificación del derecho en público y privado como criterio para una clasificación de las formas de Estado. — La teoría tradicional divide las *relaciones jurídicas* según el criterio de Derecho público y privado. Para fundamentar esta distinción se han lanzado diversos principios. Uno de ellos sería el de distinguir *por el interés* — privado o público — que el Derecho garantiza. Tal criterio es erróneo. Se olvida que la norma, por esencia, se refiere a un interés colectivo, pero, también que *toda norma* puede ser "individualizada".

Mejor fundado aparece el principio según el cual en Derecho privado se trata de relaciones jurídicas de sujetos *coordinados* entre sí y en Derecho público de relaciones de superior a inferior, de Estado y súbdito. A ciertos sujetos, v. gr., la persona del Estado, les es atribuído más "valor jurídico" que a otros sujetos de Derecho. Su voluntad vale más, tiene más fuerza jurídica que la de otros sujetos. También aquí hay error. Pues una persona jurídica, en cuanto personificación de un complejo de normas, no puede tener más ni menos valor jurídico que otras. *Supra* e *infraordinación* se refieren no a la "persona" sino a relaciones "de hecho", "dentro" del orden jurídico (66). Más importante es hacer notar que lo

(66) *Staatsform*, p. 6. Cf. Kelsen, en *Riv. Int. di Fil. del diritto*, 1924, ps. 7-8: "Correttamente, il rapporto giuridico deve essere definito come un rapporto *entro* l'ordinamento giuridico, come una relazione di fatti istituita dalla norma giuridica. Che tra debitore e creditore esista un rapporto giuridico, significa: che un determinato contegno del creditore e un determinato contegno del debitore, sono specificamente collegati in una norma giuridica, e precisamente in modo che il contegno dell'uno appare come autorizzazione (manifestazione di volontà indirizzata all'atto coercitivo, e costituente la sua condizione), e quello dell'altro come obbligo (atteggiamento contradittorio, condizione dell'atto coercitivo). Il rapporto giuridico è quindi un rapporto tra fatti (Tatbeständen), non tra persone. È evidente che come qualità giuridiche hanno importanza solo quelle qualità dei fatti, che questi hanno relativamente ad altri fatti, in forza della loro posizione nella norma giuridica. Ma è pure evidente che soltanto i fatti possono avere tali qualità differenziali, non soggetti di diritto, non persone, poiche queste sono solamente rappresentazioni, au-

latente en esta idea es una diferenciación de hechos productores de Derecho, que responde a *una diferenciación análoga a la de las formas de Estado.* Lo que se quiere decir es que, en ambos casos, es debida una cierta conducta, pero en uno, en caso de inobediencia, la persona "supraordinada" ejerce por sí misma la coacción, y en el otro caso, es un tercero, "superior" a los dos, quien la ejerce. Pero en uno y otro, la manifestación de voluntad no es fundamento del deber, sino condición de la sanción. El fundamento está en las normas. Sólo que una vez éstas dicen: compórtate como ordene determinado hombre; y otra: compórtate como ordene el mutuo acuerdo; pero puesto que ambas veces se establece sanción, la diferencia radica tan sólo en que en un caso la norma "individual" es una *manifestación unilateral* de voluntad y en otro una manifestación *bilateral;* es decir, que una vez, el obligado por la norma, toma parte en su producción y otra vez no. Como se ve, se trata de la distinción entre la manera *heterónoma* y *autónoma, democrática* y *autocrática* de la producción del Derecho. Por eso la más antigua doctrina ha calificado el negocio jurídico como la "esfera de autonomía privada" del individuo. Y de este modo, considerando que la individualización de la norma es un acto productor de Derecho que ha de ser referido a la unidad del orden jurídico y que, por tanto, en último término, *es acto del Estado,* no puede haber paradoja en afirmar que la forma del Estado corresponde a la distinción entre relaciones jurídicas públicas y privadas (67). Y esta distinción es capaz de suministrar la división deseada de los métodos de producción de Derecho, siempre que se emancipe de la representación que ve ahí dos esferas jurídicas esencialmente diversas o, incluso, la contraposición de un reino jurídico y de un reino *ajurídico* o meramente *quasijurídico* — como hace el Derecho natural democrático. Pues todo Estado es orden jurídico y todo orden jurídico es un Estado (68); la unidad de Estado y Derecho es postulado

siliare adottate a fini conoscitivi, *personificazioni,* e come tali hanno un' unica qualità: essere espresione dell'unità di un complesso di norme giuridiche".

(67) *Staatsform,* ps. 8-9.

(68) *Staatsform,* p. 9; *Riv. Int. di Fil. del diritto,* 1924, p. 10.

esencial del Positivismo jurídico, y con la distinción entre Derecho público y privado sólo puede entenderse la ***diversidad de métodos de producción de uno y mismo Derecho.***

§ 15. El Derecho subjetivo como criterio de clasificación de las formas de Estado. — También la distinción entre Derecho subjetivo y objetivo es de interés y en la doctrina corriente, al igual que la de Derecho público y privado, tiene tendencia a adquirir una significación ***transistemática,*** considerándolos como dos substancias distintas y declarando ilegítimas ciertas intervenciones del Derecho objetivo en la esfera subjetiva.

Pero hablar de "Derecho objetivo" es, en verdad, un pleonasmo. Todo Derecho es objetivo por naturaleza, pues su validez no puede ser más que objetiva. La contraposición de Derecho objetivo y subjetivo sólo puede ser expresión de un específico método de producción de Derecho. El positivismo jurídico se preguntará no más: ¿cuándo puedo considerar el Derecho objetivo, una norma jurídica, como "mi" derecho? ¿Cuándo la norma jurídica puede valer como "derecho subjetivo" sin perder su validez objetiva, es decir, sin perder su carácter de Derecho? De aquí resulta que el momento de la subjetivación sólo puede consistir esencialmente en una participación del supeditado a la norma en la producción de Derecho. El concepto del derecho subjetivo sirve, según su propio sentido, de expresión de un determinado método ***autónomo*** de producción de Derecho (69). El derecho subjetivo expresa, en cierto sentido, una autorización o facultad ***(Berechtigung);*** pero no se acostumbra a llamar derecho subjetivo al ***deber jurídico*** correspondiente a la facultad. Sin embargo, la facultad es una manifestación secundaria del Derecho, pues no se concibe facultad sin un primario deber jurídico; se está facultado en tanto que hay un deber de otro, pero no al revés. Para el orden jurídico lo esencial es únicamente estatuir deberes jurídicos; pero se concibe un orden que no concede facultades. La palabra "facultad" puede, sin duda, extenderse en otras direcciones y proclamar que hay un derecho subjetivo a hacer u omitir todo lo que no está prohibido omitir o hacer.

(69) ***Staatsform,*** p. 13.

Con otras palabras: "estar facultado a una propia conducta" es idéntico con "no estar obligado a la conducta contraria". Pero este concepto no es autónomo. Es el mero reverso del concepto del deber. Una conducta humana es conforme al deber jurídico cuando a la conducta contraria sigue el acto coactivo — castigo o ejecución. Por eso, en tanto que el hombre está jurídicamente obligado, está *sometido* al Derecho y el orden jurídico "vale para él", es, en este sentido, "su derecho". Pero el orden jurídico hace, a veces, depender la ejecución del acto coactivo de una manifestación de su voluntad y entonces hay un "derecho subjetivo" (70).

No hay, pues, otra cosa en el derecho subjetivo que un modo peculiar de producción de Derecho, *dentro del Derecho objetivo,* un modo que podríamos caracterizar como *autónomo-democrático.* Pero este modo de ser tiene toda su importancia en la Monarquía absoluta, donde las normas generales son producidas autocráticamente. Por lo mismo, en los Estados modernos, apenas se ha prestado atención al carácter autonómico del derecho subjetivo. Esta concepción es, también, plenamente aplicable en una sociedad capitalista, que vive bajo el régimen de libertad económica. En cambio, un orden jurídico socialista haría producir democráticamente las normas generales y autocráticamente la individualización de esas normas — v. gr., la partición de los bienes. — Estos derechos subjetivos podemos calificarlos de "derechos políticos", pues derecho político es participación en la formación de la voluntad del Estado y la voluntad del Estado está expresada no sólo en las normas generales, sino también en las individuales.

Y ahora podemos caracterizar la democracia, no como aquella forma que confiere "derechos políticos" en el sentido estricto de la palabra, sino como aquella que, en general, otorga "derechos subjetivos", pues siendo el derecho subjetivo, por esencia, *producción autonómica del Derecho,* la misma forma jurídica del derecho subjetivo es la forma de la Democracia (71).

(70) *Staatsform,* p. 70. V. más adelante la exposición de la doctrina del derecho subjetivo.

(71) *Staatsform,* p. 21; *Allg. Staatslehre,* n. 44 y ss. — Para la ex-

§ 16. FORMAS DEL ESTADO Y CONCEPCIÓN DEL MUNDO. — En los últimos tiempos se ha levantado un clamor cada vez más fuerte contra la "democracia parlamentaria" que — en sus múltiples variedades, — puede ser considerada como la forma política actual, como la forma del "Estado de Cultura" *(Kulturstaat)*. Las grandes esperanzas que parecía ofrecer justificadamente cuando en los tiempos de la monarquía absoluta se luchaba por ella, es evidente que no han sido cumplidas. Y así, hoy nuevamente se la coloca enfrente la idea de la autocracia en forma de dictadura; o se busca una tercera forma, situada más allá de la oposición entre autocracia y democracia. Se cree haberla encontrado en la *organización por clases profesionales*. Pero esto es una vana ilusión, pues las oposiciones de intereses que se encuentran representadas dentro de esta organización, no se pueden solucionar por un principio derivado del sistema de clases profesionales, sino que en último término sólo podrán ser resueltos *autocrática* o *democráticamente*.

A esta oposición, ya conocida por las antiguas teorías del Estado, no pueden escapar ni la vida ni la teoría política. Pues ha nacido, en su más profundo fundamento, de la eterna oposición, a la que está sometido el conocimiento humano y, con él, la voluntad; la oposición entre dos concepciones contrarias del mundo y de los valores; la metafísica absoluta, y la positivista empírica relativista (72).

D) La unidad del orden jurídico internacional

a) El problema de la Soberanía y el Derecho internacional

§ 17. SIGNIFICACIÓN DE LA SOBERANÍA. — Es indudable que la elaboración del dogma de la soberanía es fruto de un *sincretismo del método*.

posición de la doctrina kelseniana sobre la democracia cfs. también *Problem des Parlamentarismus* y *Wesen und Wert der Demokratie*.

(72) Allg. Staatslehre, n. 50, ps. 368 y ss.; *Compendio*, p. 131. Cfs. *Problem des Parlamentarismus*, pág. 10, y *Wesen und Wert der Demokratie*.

Buena prueba de esto nos suministra BODÍN cuyas investigaciones tienen una mira política, cual la de sostener la independencia del rey de Francia frente al Imperio alemán.

Los escritores modernos tienden a eliminar de la doctrina del Derecho y del Estado el concepto de soberanía, indebidamente, pues no se dan cuenta de que tal concepto ha evolucionado y que si en su primitivo sentido sería hoy inaplicable, es perfectamente sostenible en su nueva significación. *Hoy la significación de la soberanía es la de una cuestión normológica.*

Cuando se dice que el Estado soberano es lo "más alto", el "superior" sobre los que están en un plano inferior, de una parte se identifica, injustamente, al Estado con el *Herrscher;* y de otra, entendida la Soberanía como *Faktum* y estudiada en el aspecto empírico-científico-naturalista, se contradicen los postulados metódicos de las Ciencias naturales que exigen la consideración de todo hecho como "efecto", es decir, como "causado" y justamente a la soberanía la consideramos como "causación", es decir, como "lo que no es causado"; y de ese modo no hay Estado soberano, ni aun el que disponga de mayor poder político, porque bajo todos los aspectos de su vida jurídica, económica, cultural, es "determinado", "dependiente", "no libre".

Cuando se habla, pues, de "supra"-ordinación y de "sub"-ordinación hay que hacerlo en otro sentido bien diferente. Jurídicamente es irrelevante que un hombre esté o no "sometido" a otro, porque sometido, en sentido de "obligado", se está sólo a las normas y a los hombres sólo en tanto que tal conducta es estatuída por la norma; entonces, el mandato de ese hombre-autoridad, es sólo un "llenar la norma en blanco" que le "delega" para esa función.

Decir que una norma o sistema de normas, que un orden es presupuesto como "más alto" es emplear una imagen para una calificación lógica del mismo. Estar "más alto" significa "no ser de nada derivable", ser puesto o presupuesto como "origen lógico".

Concebido el Estado como idéntico con el orden jurídico, el Estado soberano es el orden jurídico que no deriva de ningún

otro (73). El Estado, en tanto que objeto de conocimiento jurídico, tiene que ser el orden jurídico mismo o una parte de él, porque, jurídicamente, sólo el Derecho puede ser concebido, y concebir jurídicamente al Estado sólo puede significar concebirlo como Derecho. Ahora bien, concebir al Estado como orden, equivale a concebirlo como orden jurídico total, porque sólo a la totalidad del orden jurídico puede ser atribuída la soberanía: pues un orden jurídico "parcial" es un orden que "deriva de otro" y, por tanto, ya no es "soberano". Soberano sólo puede serlo el orden que no está "contenido" en ningún otro; el Estado es soberano sólo si se identifica con el "orden jurídico total" (74).

Junto a esta manera de plantearse el problema cabe preguntarse: ¿y cuándo puedo decir yo — el observador — *¿que una comunidad es soberana?* He aquí una cuestión metajurídica. Ella equivale a tanto como preguntarse: 1) cuáles son las condiciones psicológicas bajo las que yo, observador, pongo el supuesto lógico-jurídico de la soberanía; y 2) cuáles son las causas psíquicas y, en particular, psíquico-sociales que llevan al hecho de la representación de la soberanía por una masa, al hecho de que los miembros de un pueblo o determinado grupo del mismo, tienen la representación de la soberanía de su comunidad y consideran "su" orden estatal como el más alto, de ningún otro derivable. Son cuestiones de Psicología social que el jurista, con los medios de que dispone como tal, no puede ni plantearse ni resolver y cuya solución, por otra parte, le es plenamente indiferente. Él no tiene más que una manera posible de plantearse la soberanía.

* * *

Se acostumbra a diferenciar esa propiedad de "estar más alto" llamada soberanía, en dos direcciones: hacia dentro y hacia fuera — soberanía jurídico-estatal y jurídico internacional, — según que la relación del Estado tenga lugar respecto de los súbditos o respecto de otros Estados. Aquí más que de dos nombres di-

(73) *Souveränität*, p. [illegible] Cfs. *Allg. Staatslehre*, ps. 102 y ss.
(74) *Souveränität*, ps. 12-15; *Allg. Staatslehre*, ps. 103 y s.s.

versos de una misma cosa se trata, en verdad, de dos cosas harto diferentes; con la una se habla de "ilimitabilidad" de la fuerza del Estado; con la otra de "independencia" respecto de otros poderes; no es, pues, una propiedad del Estado, sino dos diversas propiedades, bien que no pueda — según se dice — poseer la una sin afirmar al mismo tiempo la otra.

La doctrina dominante afirma, empero, que el Estado es un ser superior sólo respecto de sus súbditos y que, respecto de otros Estados, es independiente, pero no superior a ellos, sino "coordinado"; y se dice que la fuerza del Estado no se extiende fuera de "su propio" círculo.

Pero aquí se oculta una contradicción. Soberanía es por esencia un superlativo, un absoluto (75). Bajo el supuesto de la coordinación, sólo puede decirse del Estado que está más alto que alguno, pero no que otros elementos que pertenecen al mismo sistema. El Estado está en relación con otros Estados si

(75) Pero no en sentido naturalístico: "Dass der Staat die absolut stärkste Kraft habe oder sei, ist schlechterdings sinnlos" (*Allg. Staatslehre*, p. 103). Cf. Nelson, *Rechtswissenschaft ohne Recht*, p. 60: "Ein Recht der Souveränität im erklärten (Jellinekschen) Sinne gar nicht geben kann, da ein solches sich sebst und dem Begriff des Völkerrechtes widersprechen würde. Es würde sich selbst widersprechen: denn die Souveränität des einen Staates schliesst unmittelbar die der anderen aus. Will der eine sich dem anderen gegenüber keine Schranken auferlegen (z. B. dessen Selbständigkeit nicht respektieren), so hat dieser ihm gegenüber auch keinerlei Rechte, denn diese würden den ersten *verpflichten*, seine Willkür also Schränken auferlegen." V. también: Van Sauten, en *Rev. Droit Int. et Lég. comparée*, 1930; Morellet, en *Rev. gén. Droit Int. public*, 1926; Garner, *Rev. droit int.*, 1925; Politis, en *Recueil des Cours*, 1925, I; Sukiennicki, *Souveraineté des Etats*, 1926, etc.; en contra Heller, *Souveränität*, principalmente ps. 13 y ss., y 119: "Die Souveränität als Universalität der Entscheidung auf einem bestimmten Gebiete macht es auch ohne Schwierigkeit verständlich, dass ein juristisch-politisches Zuhöchstsein keineswegs notwendig Allein-Zuhöchstsein bedeutet. Nur für den Rechtsrationalismus der die raumzeitliche Gebundenheit alles positiven Rechts leugnet, den Staat in Recht auflöst, und überdies "eine" konkrete-individuelle Rechtsordnung mit "dem" Abstraktum Recht der Rechtswissenschaft verwechselt, muss die Souveränität des einen Staates die des anderen auschliessen". Cf. Triepel, en *Rec. des Cours*, I, 1923.

está coordinado con ellos. Esta es la decisiva relación positiva que se oculta tras la característica negativa de la "independencia". Si ésta fuera sólo algo puramente negativo, habría que decir que los otros Estados no pertenecen al mismo sistema de conocimiento que los otros elementos subordinados a aquél, y entonces sería totalmente superfluo aludir al elemento "independencia", pues igual podría decirse que el Estado es independiente de los astros, porque la Astronomía es otro sistema de conocimiento que la teoría del Estado o del Derecho. No es, pues, una mera "independencia" lo que se piensa, en este sentido, del Estado.

Si, por el contrario, independencia se la considera realmente sinónima de coordinación jurídica, es ineludible la aceptación de una autoridad que está sobre todos los Estados, a la que todos se someten, que limita las esferas de cada uno y que, por lo tanto, los coordina. Sino que entonces, ni aun frente a sus súbditos es ya el Estado la autoridad más alta; limitar a este aspecto la definición de la soberanía, conduce a la tautología de afirmar: el Estado está supraordinado respecto de aquellos que le están subordinados; soberanía es la propiedad de estar más alto que aquellos que están más bajos (76).

* * *

El ejemplo de un orden no soberano porque se encuentra sometido a otro superior y, por tanto, incorporado a él, lo tenemos en el municipio encuadrado dentro del Estado. La ley que contiene el Estatuto Municipal — una ley del Estado con validez para todo el territorio, — determina los órganos de la comuna, autorizados a emitir normas con validez para la esfera municipal, en determinadas direcciones, esto es, sobre determinados objetos. El orden o norma "superior" que establece una autoridad para la emisión de estas normas municipales, ofrece, no sólo el fundamento de validez de las mismas, sino que, además, puede también determinar el contenido del orden inferior, es decir, la esfera material y territorial de su validez o vigencia. En

(76) Kelsen, *Souveränität*, p. 40.

el orden superior radica, como suele decirse, *supremacía de competencia (Kompetenzhoheit)*. Y esta es la verdadera conexión que existe entre los conceptos de soberanía y de supremacía de competencia. Las normas que arraigan en la Constitución Municipal establecida por el Estado, constituyen el orden municipal; o lo que es lo mismo desde otro punto de vista, la comunidad jurídica del Municipio constituído por aquel orden, la cual se encuentra delimitada frente a otros Municipios en su esfera de competencia material y territorial, y coordinada mutuamente con ellas integrando el orden total del Estado; todo ello merced a la ley de éste. *La "coordinación" de dos o más sistemas de normas, sólo es posible en tanto que los órdenes coordinados están sometidos a un orden superior común.* Él los coordina recíprocamente — a fuer de órdenes delegados — y los integra en un orden total, del cual son parte los órdenes subordinados, coordinados y supraordinados, los cuales constituyen sólo comunidades parciales. Designar a un orden como *soberano*, significa precisamente que se le quiere hacer valer como un *orden total*. Es algo completamente imposible el representarse varios sistemas de normas soberanos, o varias comunidades jurídicas soberanas, dándose unas al lado de otras. La unidad del sistema normativo expresada en el pensamiento de la soberanía, significa al propio tiempo también su unicidad.

No se puede admitir dos o más normas u órdenes que deban valer o ser vigentes, estando uno al lado de otro, *sin referir la validez de ambos a un único y mismo fundamento. Esta unidad del sistema normativo es sólo el correlato de la unidad del conocimiento normativo.* Por esto es imposible la representación de dos sistemas de normas, que simultáneamente deban valer o estar vigentes, siendo ambos recíprocamente independientes, y no dándose entre ellos ninguna relación. Cada uno de estos órdenes debería conceptuársele como soberano y consiguientemente dotado de supremacía de competencia; cada uno de ellos tendría — por lo menos potencialmente — la posibilidad de extenderse sobre la competencia material y territorial del otro; lo cual traería como consecuencia la posibilidad de un conflicto insoluble; la consecuencia sería tener que afirmar como igualmente válidas,

normas cuyos contenidos se excluyen lógicamente. Mas la ley de contradicción, tiene también valor en el reino del conocimiento normativo (77).

b) La construcción dualista del Derecho internacional

§ 18. IMPOSIBILIDAD DE CONSTRUIR SOBRE BASE DUALISTA EL SISTEMA JURÍDICO. — La tesis de la unidad del sistema normativo aparece directamente contradicha por la llamada "tesis *dualista*" que considera el orden estatal, es decir, el Derecho interno y el orden o Derecho Internacional como dos sistemas de normas diferentes, independientes, y, por consiguiente, extraños entre sí: se admite entre ellos un dualismo fundamental. La mayoría de los autores contemporáneos representan la tesis dualista, pero inconsecuentes con sus propias premisas, admiten elementos de la *construcción monista* sea en su aspecto de primado del orden jurídico estatal o de primado del orden jurídico internacional. Ahora bien, tal confusión es inadmisible.

La primera consecuencia de la tesis dualista es la negación del carácter jurídico del Derecho Internacional. Pues, como es imposible admitir la validez simultánea de dos sistemas normativos, sólo a uno se le confiere plena validez, al orden estatal y el Derecho Internacional queda rebajado a la categoría de una moral o Derecho natural, pero no de un Derecho verdadero, es decir, positivo. Sólo el Derecho del Estado podrá decidir lo que es y lo que no es Derecho Internacional. Al Jurista le tendrá completamente sin cuidado que algunas normas de Derecho Internacional contradigan a "su" Derecho, porque sólo éste es "verdadero Derecho". Es que para admitir el carácter jurídico del Derecho Internacional no basta resolver si sus normas están o no dotadas de sanción; hay que decidir si se puede fundar el carácter obligatorio de las reglas de Derecho Internacional del mismo modo que las del Derecho interno; pues una regla no puede ser jurídica, más que si presenta todos los caracteres que se requieren para considerarla como tal *desde el punto de vista jurí-*

(77) *Compendio*, ps. 55 y ss.

dico; y en una construcción dualista, tal carácter, visto desde el Derecho interno, aparece muy discutible.

Además, si la construcción dualista no permite admitir dos órdenes válidos, el Jurista no podrá conferir validez a otro sistema que al del Estado — "su Estado" — sobre el que apoya sus investigaciones; pero así, no sólo deberá ignorar el Derecho Internacional, sino también el Derecho de los demás Estados; pues la coexistencia de varios órdenes jurídicos no es admisible más que si se reconoce el carácter jurídico del Derecho Internacional: si éste se niega, no hay otro orden común y, por tanto, no queda más que "cada" Estado y como válido "el orden de cada Estado" según el Jurista que lo considere. Este modo de ver es el del hombre primitivo que no se aviene a reconocer más grupo que el suyo; para él, el mundo del Derecho y del Estado coincide con los límites de su patria; fuera de ésta no hay más que "bárbaros" a los que no se reconoce un orden jurídico propio porque ello equivalía a admitir que tenían derecho, por delegación de un orden común, a legislar en su propia esfera; lo cual implicaría una limitación al Derecho nacional. Por eso fué ya un progreso, primero, reconocer en el extranjero un hombre como el ciudadano y, más tarde, reconocer el "carácter jurídico" del orden social extranjero. La teoría dualista hace imposible este punto de vista progresivo. Ella no ve más que masas yuxtapuestas: no ya un dualismo, sino un *pluralismo* — órdenes nacionales-Derecho Internacional; — pero la consecuencia es un *egotismo* o *solipsismo estatal.* Por lo demás, los dualistas admiten que, en algunos casos, el Derecho Internacional limita válidamente, en el espacio y en el tiempo, a los Estados, con disposiciones válidas incluso desde el punto de vista del orden estatal: pero esto es una contradicción. Pues si realmente los dualistas admiten que el Derecho Internacional puede "obligar" a los Estados, operan con elementos monistas. El Estado no es un hecho individual, sino un sistema de normas. Decir que el Derecho Internacional obliga al Estado, es lo mismo que decir que el Derecho Internacional decide lo que debe hacerse en una hipótesis dada, pero no dice qué individuo ha de realizarlo; se limita a *delegar,* a dar competencia al De-

recho interno: pero entonces éste es delegado del Derecho Internacional.

Para excluir la hipótesis de conflictos entre ambos Derechos, dicen los dualistas que no sólo proceden de fuentes distintas, sino que regulan objetos distintos; pero en esta afirmación se encierra una serie de errores.

En ambos casos se trata de relaciones entre individuos y de la determinación de sus deberes y derechos. La idea de que entre Estado e individuo o entre Estados entre sí, existan relaciones que no son las de individuo a individuo es una ilusión nacida de hipostasiar el Estado en un "superhombre". Nótese que el Derecho no "regula", sino que "crea" relaciones jurídicas. Además, la esencia de toda relación es imponer una conducta a un individuo y dar, por contra, un derecho a otro, estableciéndose sanción. Es decir, relación jurídica es relación establecida por una regla de Derecho, entre dos actos humanos, que son materia el uno de una obligación y el otro de un derecho subjetivo. Por eso toda relación es, en el fondo, relación entre individuos. Algún ejemplo convencerá de esto. Supongamos la relación entre un individuo y "el Estado", en materia fiscal. ¿Cómo se resuelve esta relación con arreglo a la idea expuesta? De este modo: una regla de Derecho dispone que si un individuo (agente de contribuciones) prescribe, según cierto procedimiento, a otro, pagar una cierta suma, éste debe hacerlo; sino lo hace, un tercero (agente de ejecución), a instancias del primero, ejercerá coacción contra el requerido. Y lo mismo podría hacerse con las relaciones entre Estados. Son simplemente, relaciones establecidas por el Derecho entre dos actos individuales, con la particularidad de que cada elemento de la coacción se imputa a un Estado diferente. Pero guardémonos de hipostasiar esta simple personificación del orden jurídico que es el Estado; resolvámosla, por el contrario, como debe hacerlo una teoría científica y veremos que las relaciones de los súbditos con el Estado o entre sí, de una parte, y entre Estados, de otra, tienen un solo y mismo objeto.

Y entonces veremos también que las reglas del Derecho interno pueden aplicarse, y de hecho se aplican a las relaciones

entre Estados; como, a la inversa, las del Derecho Internacional se aplican a las relaciones entre Estado y súbdito (78).

También afirman los dualistas, discurriendo sobre el sujeto del Derecho Internacional, que sólo a los Estados conviene tal categoría. ¿Pero qué quiere decir eso? Ni más ni menos que esto: que hay una obligación que pesa sobre individuos cuyos actos son considerados como actos del Estado, es decir, se imputan al Estado. Pues las reglas de Derecho no pueden aplicarse más que a una conducta humana y diciendo que sólo los Estados son sujetos de Derecho Internacional se quiere decir, no más, sino que este Derecho no se aplica directamente a los individuos súbditos de los Estados, sino inmediatamente, por medio del Derecho interno que determina con precisión el individuo cuyos actos constituyen la ejecución de la obligación o el ejercicio del Derecho y que son imputados al Estado.

De la consideración de las llamadas "fuentes" tampoco es posible deducir otra consecuencia. Nada se opone, aunque no sea la práctica corriente, a que los Estados concluyan tratados que liguen directa o inmediatamente a sus súbditos, a que quieran obligar a individuos perfectamente determinados o conferirles derechos.

Los dualistas ponen junto a las dos únicas fuentes posibles de Derecho Internacional, costumbre y tratado, una tercera: la *unión* o *Vereinbarung* y dicen que el tratado, como acto jurídico, sería "aplicación" de Derecho y la *Vereinbarung* "creación" del

(78) Kelsen, *Souveränität*, cap. VI, ps. 120 y ss.; cf. *Recueil des Cours*, 1926, IV, p. 283. Expresamente en contra Triepel, loc. cit., p. 89: "No es verdad que las relaciones entre Estados no difieran de las relaciones entre individuos. El Estado es más que un *punto de imputación*. El Estado es una verdadera personalidad independiente y distinta de la suma de individuos que la componen. Esta idea es una idea jurídica, no solamente sociológica. No es justo decir que es preciso, en interés de la pureza metódica, separar las nociones jurídicas de las nociones sociológicas. Al contrario, no puede formarse la menor idea del derecho sin pensar en las relaciones sociales regidas por el derecho. Las relaciones sociales son la materia, el derecho es su forma. Regular relaciones sociales, he ahí la tarea y el fin de todo derecho." Cfs. Heller, *Souveränität*, VIII, ps. 143 y ss.; Verdross, *Verfassung*, ps. 20 y 34.

mismo. Pero, aparte de que esta tesis es una variante de la teoría de la autolimitación y, en realidad, va a parar a la tesis monista del primado del Derecho estatal, entre la *Vereinbarung* y el *Vertrag* — tratado, — no hay diferencia esencial: en ambos casos se trata de que dos o más individuos ponen una regla de Derecho por declaraciones concordantes de voluntad; pero la oposición entre creación y aplicación de Derecho es relativa, pues el acto jurídico es aplicación con relación a la ley y creación en relación a las partes; y así, la *unión* no sólo crea Derecho para los Estados, sino que aplica Derecho con relación a la regla superior *pacta sunt servanda.*

El último argumento de los dualistas es que el Derecho Internacional no obliga sino al Estado y no a los órganos ni a los súbditos si no es "transformando" en Derecho interno. Pero en la realidad no siempre es así: la Constitución austríaca asimila el tratado a la ley interna como fuente de Derecho. En este punto, lo que se oculta es un método del Derecho natural que se alía siempre a una tendencia contraria al Derecho positivo. Decir que el Derecho Internacional obliga sólo al Estado y no a los órganos, es lo mismo que decir que no obliga a nadie: pues, ¿qué queda del Estado si se le quitan los órganos y los súbditos? La consecuencia es la desaparición del Derecho Internacional. Los dualistas se cuidan bien de ocultar tal consecuencia, pero la realidad de la doctrina es esa. "Mantener la autoridad suprema del Estado, defender el dogma de su soberanía, tal es, por consecuencia de consideraciones pura y exclusivamente políticas, la tendencia que domina la teoría dualista; se comprende que con tales hipótesis no se puede ir a parar sino a contradicciones internas" (79).

c) La construcción monista del Derecho internacional

§ 19. PRIMADO DEL ORDEN JURÍDICO ESTATAL. — Demostrando que al lado del Derecho positivo no puede existir otro sistema de reglas válidas, es decir, probando la inadmisibilidad de un

(79) Kelsen, *Rec. des Cours,* p. 288.

dualismo normativo, el positivismo jurídico ha triunfado del Derecho natural. La tesis dualista está reducida "ad absurdum". La historia de la Jurisprudencia demuestra que ésta es ciencia en la medida en que satisface el postulado de unidad, que acierta a comprender el Derecho entero en un sistema unitario.

La cuestión, ahora, es esta: ¿cómo puede el Estado ser obligado internacionalmente, siendo así que el Estado es la autoridad suprema? Se dice que el Estado se obliga a sí mismo, sometiéndose a su propio derecho; pero como quiera que esto no dice sino que sólo el Derecho interno puede obligar a sus órganos y súbditos, se avanza un paso más y se afirma: el Estado se somete al Derecho Internacional por su propia voluntad. Y así, la teoría de la "autolimitación" es expresión del dogma de la Soberanía. Pero aun esto es de difícil aplicación al Derecho Internacional común nacido por vía consuetudinaria y, entonces, se idea la teoría del "reconocimiento": si sólo el Estado nacional es soberano, ningún otro Derecho puede obligar a órganos y súbditos si no ha sido "reconocido". Con el dogma de la Soberanía, esta teoría se impone tanto para fundar la unidad del Derecho Internacional y del Derecho interno como para establecer la medida común necesaria entre el orden jurídico propio de este Estado nacional y de los otros órdenes estatales. Significa que el Derecho soberano *reenvía,* en lo que concierne a las relaciones internacionales, a las reglas conocidas con el nombre de Derecho Internacional lo mismo que ciertas reglas de Derecho interno reenvían a las reglas morales (buena fe, equidad). *Se hace, pues, de las reglas de Derecho Internacional elementos del orden jurídico interno.*

Esta teoría del reconocimiento es como un resabio de la del contrato social; se admite un reconocimiento tácito; se supone que todo Estado — como todo individuo — se somete, "en propio interés", al orden jurídico, a menos que no pretenda vivir fuera de toda comunidad jurídica, cosa, por otra parte, imposible.

El Estado soberano está, pues, "por encima" del Derecho Internacional: éste no es un verdadero Derecho si no es "su" Derecho. Y puesto que todo derecho tiene que ser estatal, el Derecho Internacional no es más que un "Derecho político externo": la

parte del orden estatal que regula las relaciones del Estado con otros Estados (80). Se comprende, que si el carácter obligatorio de los tratados internacionales reposa únicamente en la Constitución, depende de que ésta cese. Y lo mismo cabe decir del Derecho Internacional en general, pues fundándole sobre el reconocimiento, el Estado podrá liberarse en todo momento por un procedimiento adecuado. Declarar imposible esta retracción es adentrarse en la vía de las ficciones y pasar a la tesis contraria.

Además, si el Derecho Internacional obliga a todos los Estados, es porque éstos son coordinados e iguales en Derecho; pero esto es incompatible con el primado del orden jurídico nacional; y si el Derecho Internacional no es Derecho más que en cuanto que reconocido, delegado, por el Derecho interno, hay que decir otro tanto de los Estados extranjeros. *Sólo la delegación del Estado nacional puede darles existencia jurídica* y por tanto — en sentido formal — no pueden ser más que *partes del Estado nacional.* Pues si el orden jurídico nacional es el orden supremo que no se deriva de ningún orden superior, sólo su norma fundamental podrá, en último término, conferir la fuerza obligatoria a un orden jurídico cualquiera. La soberanía del Estado consiste en que su norma fundamental es una norma última, es decir, que no es parte de ningún orden superior; es, pues, una norma supuesta, hipotética; y, por tanto, fundando las relaciones entre el Estado nacional de una parte y el Derecho Internacional y los otros Estados, de otra, sobre el reconocimiento, se admite que no hay más soberano que el orden jurídico nacional. Y ninguna colectividad extranjera puede ser un verdadero Estado, pues reposando, en último término, sobre el reconocimiento, es decir, en la "delegación" del Estado nacional, no se puede ya ver en él un orden supremo.

Esta hipótesis es una hipótesis verdaderamente científica. Parte y conduce a la idea de que no hay más que un Estado, pues, como toda teoría jurídica, no puede reconocer más que un orden

(80) Kelsen, *Souveränität,* cap. VII, ps. 151 y ss.; *Rec. des Cours,* p. 293. En sentido del primado del orden estatal Wenzel, *Juristische Grundprobleme.* Cfs. Walz, *Archiv Rechts-u. Wirtschaftsphil.,* Bd. XXII; Verdross, *Verfassung,* p. 12.

jurídico válido. En consecuencia, reconoce que no puede haber más que un Estado soberano y que, siendo la soberanía la característica del Estado, no puede haber varios órdenes estatales coordinados, comprendiendo así el verdadero ***sentido lógico de la soberanía***, que es la unidad y unicidad del orden jurídico llamado Estado: con la particularidad tan sólo de que busca esta unificación en la extensión del Derecho nacional, que pone en la cima del sistema total del Derecho.

Esta teoría, por lo demás, no excluye el carácter jurídico de las relaciones internacionales, pues nadie ha negado v. g., el carácter jurídico de las relaciones del Estado con las corporaciones territoriales descentralizadas. En cambio, se opone a la existencia de una comunidad internacional y excluye decididamente la idea de un Derecho Internacional superior a los Estados.

§ 20. PRIMADO DEL ORDEN JURÍDICO INTERNACIONAL. — La idea eminentemente moral del igual valor jurídico de los Estados, implica una hipótesis jurídica: la existencia, por encima de estos Estados, de un orden jurídico que delimita su dominio de validez, prohibiéndoles toda intervención en el dominio privativo de los otros, que establece condiciones iguales para todos y que, poniendo fin a su estado de aislamiento y, por tanto, a su soberanía, los agrupa en una sociedad jurídica. Tal es la obra del Derecho Internacional, a condición de que se reconozca su primacía.

Los autores aceptan de buen grado la existencia de algunos principios de Derecho Internacional que son independientes, es decir, superiores a la voluntad de los Estados: creen poder contentarse con eso, pero se engañan. Pues si se admite que el principio de Derecho natural: *Pacta sunt servanda* tiene valor objetivo, es indudable que cualesquiera pactos concluídos entre los Estados tienen también valor objetivo, es decir, independiente de la voluntad de los Estados. El principio "Pacta sunt servanda", al conferir validez a los pactos sustrae a éstos de la acción de las partes que los han puesto, los pone "por encima" de las voluntades estatales; pues "validez" es tanto como decir "validez objetiva".

Esta objetividad del Derecho Internacional proviene, además,

de que su "fuente" es distinta que la del Derecho interno. Desde luego, el llamado Derecho natural Internacional no es "puesto" por los Estados; pero tampoco el Derecho Internacional positivo es regulado en su creación por la Constitución ni en su abrogación depende de ella: luego no es Derecho interno. Y si sus normas obligan al Estado, es decir, directa o indirectamente, a los súbditos, es un Derecho superior.

Esta idea del primado del orden jurídico internacional, late en la mayoría de los autores modernos que profesan la teoría de los llamados "derechos fundamentales de los Estados". Los mismos partidarios de la teoría del "reconocimiento", expreso a tácito, admiten que estos derechos no derivan del reconocimiento y que las reglas que lo formulan son condiciones necesarias para dar a los actos de voluntad de los Estados en materia internacional el carácter de actos jurídicos. Estas reglas se las hará deducir de datos de hecho, de la naturaleza de las cosas, de la noción de Derecho Internacional, de la idea de coexistencia de una multiplicidad de Estados, etc.; pero lo que hay en el fondo de todas estas tentativas es el reconocimiento de un primado del Derecho de gentes.

También los autores apelan a esta primacía, bien que inconscientemente y con abundantes contradicciones, cuando sostienen que un Estado que acaba de nacer está sometido, *sin necesidad de expresar su voluntad,* al Derecho Internacional, y que, jurídicamente, no puede dejar de entrar en la comunidad internacional. Los autores recurren en este punto a ficciones como la de decir que el Derecho Internacional nace, ciertamente, de la voluntad de los Estados, pero una vez nacido obliga a los nuevos Estados, sin necesidad de su consentimiento; y que, por eso, los Estados antiguos deben reconocer al nuevo. Según eso, el nuevo Estado, al pedir el reconocimiento como Estado y como miembro de la comunidad jurídica internacional, se sometería tácitamente al Derecho de ésta: lo cual es una grosera ficción. Los partidarios del Derecho interno afirman incluso que un nuevo Estado no entra en la comunidad internacional más que a condición de ser reconocido por ella: pero si el Derecho internacional reposa sobre la voluntad de los Estados, es imposible que el

Estado repose sobre el Derecho Internacional. Si a pesar de esto se sostiene que los Estados "deben" reconocer al nuevo, se afirma, implícitamente, que los Estados son órganos de la sociedad internacional. Y efectivamente: se admite que el Estado, antes de ser reconocido, tiene ciertas obligaciones y derechos internacionales; además, el mismo hecho de hacer una declaración de voluntad — la demanda de reconocimiento y el poder recibir la declaración de los otros, — implica que posee una "personalidad internacional".

Y de hecho, existe reconocimiento porque una regla de Derecho determina de modo general las condiciones de existencia de un Estado, internacionalmente hablando. Todo Derecho ha de contener una regla que prescribe cuáles son los sujetos de sus obligaciones y derechos: luego el Derecho Internacional ha de definir al Estado: si no lo hiciera, éste no existiría. Y así, "nacer" un Estado no significa sino que hay una comunidad jurídica que reúne las condiciones exigidas por el Derecho Internacional, y el "reconocimiento" no tiene más valor que el puramente declarativo. De este modo el problema del "nacimiento" de un Estado es problema jurídico, pues implica que el Derecho Internacional concede efectos al hecho de ciertos datos por él definidos. Si hay reglas que en una comunidad alcanzan un cierto grado de eficacia, el Derecho Internacional confiere a los actos efectivos del "poder público" de esa comunidad el carácter jurídico: consagra el carácter de orden normativo inmanente a ciertos hechos positivos; el orden normativo, en una palabra, deviene orden jurídico, es elevado a la categoría de elemento del sistema jurídico. El Derecho Internacional abandona al orden interno su organización y métodos de creación, pero aún es capaz de someterlo a ciertas reglas restrictivas. Y así, no está ya en el orden interno, sino en el Derecho Internacional el centro del sistema jurídico.

Además, sólo este punto de vista permite mantener la continuidad e identidad del Estado a través de las revoluciones. La revolución es la violación del orden antiguo y, por tanto, implica el nacimiento de un nuevo Estado, que nada tiene que ver con el anterior. Pero partiendo del primado del Derecho Internacional, la ruptura con el orden antiguo es relativa: pues se trata

de un acto que no está de acuerdo con la ley interna, pero que puede estarlo con la ley superior, que es la internacional, si ésta lo admite.

Se comprende que, con esta teoría, hablar de soberanía en sentido formal, es decir, considerando al orden estatal como al más alto, es imposible. Los autores, sin embargo, mantienen tal noción en sentido *material* y se dice que consiste en una suma de atribuciones, en una cierta competencia: entonces, no sólo cabe admitir la compatibilidad de tal "soberanía" con el primado del orden internacional, sino que incluso puede afirmarse que esa soberanía es concedida por éste: pero esto no es soberanía más que de nombre y si se quiere mantener la antigua noción, la única verdadera, hay que admitir que pertenece a un Estado o a ninguno y, por tanto, al Derecho Internacional.

§ 21. El igual valor de las dos hipótesis. — Entre cualquiera de estas hipótesis cabe elegir, a condición de que se las admita en su pureza y no se mezclen elementos de una y otra. No se puede decir que cualquiera de ellas tenga más valor teórico-jurídico que la otra. La elección no puede hacerse por motivos jurídicos, sino justamente extrajurídicos. Téngase en cuenta que ambas teorías son *hipótesis* y que, por tanto, no se puede decir, como en las ciencias de la naturaleza, que hay que elegir "la que explique más", la que permita unificar más número de datos. Pues aquí lo dado no son cuerpos, sino reglas de Derecho y en Derecho no hay ninguna necesidad objetiva que obligue a mirar tal o cual elemento como regla jurídica. Si alguien niega el Derecho Internacional, no se le puede objetar nada, como no se puede obligar a un anarquista a que "vea Derecho en el Derecho" y no actos de fuerza. Todo lo más que se puede hacer es mostrar que es posible comprender el complejo de hechos o de normas que se llama Derecho Internacional en un sistema que abraza los diversos órdenes estatales. Pero no hay dato jurídico *a priori: pues un dato no es Derecho más que gracias a la hipótesis jurídica que le interpreta* (81).

(81) Kelsen, *Rec. des Cours,* p. 314. La teoría del primado del derecho internacional la desenvuelve Kelsen ampliamente en *Souveränität,*

* * *

Adviértase, sin embargo, que sólo la hipótesis del primado del Derecho Internacional permite elevar a principio jurídico lo que antes, del punto de vista del orden estatal, fué exigido como principio epistemológico: que se ha de elegir como "norma fundamental" aquella a la que corresponda un cierto grado de eficacia (82); pues, en Derecho Internacional, esa eficacia es contenido de una norma jurídica. Ya se ha visto que el Derecho Internacional mantiene la identidad del Estado a través de las revoluciones: pero ello es porque, de hecho, son los mismos hombres que continúan viviendo en el mismo territorio y prestan una obediencia de mayor o menor grado al nuevo orden; y así, en virtud de un "más alto" principio jurídico formal, la identidad del contenido facticio es decisiva para la identidad de la forma jurídico-estatal inferior. *Es, pues, una identidad facticia lo que el Derecho Internacional toma como criterio decisivo de identidad de la persona del Estado.* De este modo, lo facticio es contenido de una norma o, mejor, él mismo deviene norma. No habrá,

caps. VIII y IX; del mismo, *Unrecht und Unrechtsfolge im Völkerrecht;* cf. en el mismo sentido Verdross, *Einheit* y *Verfassung;* Kunz, en *Rev. Droit int.*, 1926 y *Völkerrechtswissenschaft;* Duguit, *Soberanía y Libertad* y *Traité;* Sukiennicki, *Souveraineté des Etats;* Delos, *La société internationale et les principes du droit public;* Le Fur, *Précis de Droit Int.;* Recaséns, *La unitat de la construcció jurídica;* Legaz Lacambra, *La validez del derecho internacional;* en cierto sentido se aproxima también a la teoría Cathrein, *Arch. Rechts-u. Wirtschaftsphil.*, Bd. X., ps. 5-6: "Der einzelne Mensch kann sich selbst nicht dauernd zu etwas verpflichten, wenn nicht *allgemeine von seinem Willen unabhängige Gebote und Rechtsgrundsätze vorausgesetzt werden.* Mein Wille nicht der einzige und letzte Grund der dauernder Pflicht ist, sondern der allgemeine *Rechtsgrundsatz* man solle sein Versprechen halten. Der Staat ist darin frei, ob er einen Vertrag mit einem anderen Staat eingehen will oder nicht: wenn er aber einmal den Vertrag frei abgeschlossen hat, ist er nicht mehr frei, ob er ihn halten will oder nicht; er ist dazu verpflichtet, nicht weil er selber will, sondern weil es eine Forderung des allgemeinen *Rechtsgrundsatzes* ist: Pacta sunt servanda, man soll eingegangene Verträge halten." Comp. Heller, *Souveränität*, VI, ps. 128 y ss.

(82) V. atrás, n. 5, nota 27.

pues, que hablar de una "fuerza normativa de lo facticio", sino de una *metamorfosis de lo facticio en normativo.* Así, el Derecho Internacional se halla en los límites del conocimiento normativo que es tanto como decir en los límites del Derecho, y la misma oposición fundamental de ser y deber ser parece comprometida. Y en esta debilidad del Derecho Internacional frente al poder facticio, en esta inclinación suya a capitular ante los hechos es donde se muestra su verdadera debilidad como Derecho, mucho más que en la supuesta falta del momento de coacción. (Pues en último término, la *guerra* no es algo extrajurídico, sino precisamente un procedimiento jurídico — ¡la sanción del Derecho Internacional! — bien que sea aún procedimiento imperfecto) (83).

§ 22. La significación epistemológica y ético-política de ambas hipótesis. — Se ha dicho que no hay motivos "jurídicos" que puedan dar la preferencia a la hipótesis del primado del Derecho Internacional o a la del primado del orden jurídico estatal. La elección ha de hacerse, precisamente, con arreglo a criterios "metajurídicos". No cabe, pues, aquí sino mostrar el sentido de ambas hipótesis enraizándolas en las dos posiciones filosóficas a que responden. Fácil es de ver que siendo dos hipótesis de teoría del conocimiento jurídico, son un caso especial de la Teoría del conocimiento en general y que su oposición es la oposición de *Subjetivismo* y *Objetivismo* y, en último término, la oposición de dos concepciones del mundo.

La hipótesis del primado del orden jurídico estatal que parte del Estado "soberano", poniéndolo en el centro o en la cima del orden jurídico, que no "conoce" más Estados que los que "reconoce" y que, por tanto, se erige en único soberano, es una imagen de la teoría subjetivista del conocimiento que para concebir el mundo parte del yo sin salir, sin embargo, del yo, porque "el mundo es mi representación" y, por consiguiente, proclama la *exclusividad del yo* como la hipótesis jurídica correspondiente proclama la *exclusividad del soberano Estado-yo.*

Por el contrario, quien para llegar al yo parte del mundo y

(83) Kelsen, *Souveränität*, p. 241: *Recueil des Cours*, ps. 316 y ss.

presupone una razón objetiva universal (*objektive Weltvernunft*), un espíritu universal (*Weltgeist*) del que los individuos no son sino subjetivaciones y concretizaciones, formas efímeras aparentes porque su espíritu no es más que parte integrante del espíritu universal, su razón sólo una irradiación de la razón universal y el yo un feudatario del soberano Yo universal, tendrá que admitir la hipótesis de un orden jurídico mundial, establecer la objetividad del Derecho Internacional y considerar a los Estados no ya como "Estados" sino como meros órdenes parciales de la única soberana *civitas máxima*. El individuo es mera apariencia, para el objetivismo. Una teoría que acepte el primado del Derecho Internacional tendrá, por tanto, que afirmar que no sólo los Estados son "personificaciones" de un orden jurídico, sino los mismos individuos, la misma "persona física" han de resolverse en la personificación de un orden jurídico parcial, es decir, en "partes" de un orden más alto (84).

Del punto de vista del conocimiento práctico, la oposición de ambas hipótesis es la oposición de *Imperialismo* y *Pacifismo*. Quien parte del primado del orden jurídico estatal tiene que profesar una política imperialista. El Imperialismo es esencialmente *anarquismo*, aunque parezca paradójico. Pero HEGEL y LASSON son prueba de cómo la relación Estado-Humanidad tiene que ser la del más desenfrenado individualismo si la relación Individuo-Estado es universalista: pues el Estado es el "centro" y no reconoce más que a sí mismo. Por el contrario, la idea de un primado del Derecho Internacional es el correlato de la idea de la Humanidad; y así, a la concepción objetivista de la vida que pone el valor ético del hombre en la Humanidad, corresponde la teoría jurídica objetivista que *hace idéntico el concepto del Derecho con el de Derecho Internacional y es, de ese modo, un concepto ético* (85).

Tales son las dos concepciones que luchan en la Jurisprudencia actual.

La Teoría del Derecho Internacional se resiente de falta de

(84) *Souveränität*, p. 314.
(85) *Souveränität*, p. 319.

un punto de vista fijo que suprima la continua oscilación del subjetivismo al objetivismo, del primado del orden jurídico estatal al primado del Derecho Internacional, para retroceder de nuevo y perder posiciones que parecían ganadas. En verdad, el estado poco satisfactorio de esta rama de la ciencia jurídica se apoya, en último término, en que la conciencia social no ha sobrepasado, en su desenvolvimiento, los límites de la nación, en que no existe aún una clara conciencia de la Humanidad. Ciertamente, no faltan indicios que permiten esperar una pronta superación de la mentalidad presente. Así como el subjetivismo de la teoría jusnaturalista del contrato social y la soberanía del hombre ha sido definitivamente superado y puesta fuera de duda la validez del orden jurídico estatal, se logrará también superar el dogma de la soberanía del Estado e imponer la supremacía de un orden no ya "inter"-nacional, sino "mundial", de una *civitas máxima*. La organización de este Estado universal, luchando ante todo por la desaparición de la idea de "soberanía" debe ser la finalidad última de toda aspiración política (85 bis).

(85 bis) Cfs. en sentido análogo, Recaséns, *La unitat de la construcció jurídica i el Dret internacional.*

Capítulo III

LOS CONCEPTOS JURÍDICOS FUNDAMENTALES

Ahora está ya suficientemente deslindado el objeto de estudio del Jurista; tal objeto no puede ser otro que el Derecho positivo considerado como una totalidad unitaria y libre de contradicciones. Se ha visto cómo los problemas estatales se resuelven en problemas jurídicos: el poder, la forma, la soberanía del Estado..., son propiedades del orden jurídico. Ahora queda por ver cómo los problemas jurídicos se resuelven en problemas estatales. El Estado es, ciertamente, idéntico con el orden jurídico, pero es también una "persona", es "sujeto" de derechos y deberes; el orden jurídico se "produce" de cierto modo: ¿quién realiza esta misión de creación del Derecho? Así, el primer problema implica el conocimiento previo de ciertas nociones jurídicas, lo que cabría llamar las "categorías" — voluntad, imputación, persona... — el segundo, resolviéndose en el problema de Teoría del Estado de los "órganos del Estado" supone un previo estudio de la *proposición jurídica* que es lo que se crea y lo que se aplica.

A estas cuestiones van a dedicarse los capítulos inmediatos.

A) **La voluntad en el Derecho**

§ 23. El Derecho como voluntad del Estado. — ¿Qué se quiere decir cuando se afirma que el Derecho es voluntad del Estado? Es corriente la opinión que ve en la Ley escrita una manifestación de la voluntad del Estado, y en la costumbre una manifestación de la voluntad del pueblo. Legislación y *consuetudo* serían así dos sistemas de Derecho, diversos entre sí por la fuente de que proceden. Pero tal formulación dualista del Derecho objetivo no está de acuerdo con el principio unitario que debe dominar la construcción jurídica.

Además de esto, no es posible tomar en serio la existencia de esa supuesta "voluntad del pueblo". Si de otra parte, intentamos construir "jurídicamente" al pueblo y le atribuímos una "voluntad", será tan "persona" como el Estado y, entonces, el orden jurídico será *voluntad de dos personas;* y como esto es imposible, o habrá que recurrir, como la mayoría de los autores, a reducir la voluntad del pueblo a voluntad del Estado, o no será posible hablar más de "voluntad", pues voluntad es, jurídicamente, unidad, organización unitaria (86).

Voluntad del Estado significa otra cosa. El Estado no tiene "existencia" natural y, por tanto, no puede "querer" ni "producir" el Derecho. El acto de producción del Derecho es metajurídico. El Estado no produce Derecho, sino la sociedad. La ciencia Jurídica se preguntará únicamente quién es "portador" *(Träger)* del orden jurídico. Y, justamente, voluntad del Estado significa ser portador, ser sujeto del orden jurídico. ¡También, pues, el Derecho consuetudinario es voluntad del Estado! Sería incompatible con la soberanía del Estado que uno de sus órganos aplicara una voluntad distinta de la suya, aunque se la llame "voluntad del pueblo". Las prescripciones del Derecho consuetudinario pueden ser contenido de una proposición jurídica en tanto que, formalmente, el Derecho consuetudinario es voluntad del Estado. Formalmente, una proposición del Derecho consuetudinario no difiere absolutamente en nada de la proposición de una Ley; las dos son voluntad del Estado y es del todo indiferente que su contenido proceda de uno u otro origen.

Fácil será ahora comprender la posición que debe adoptar el Jurista ante las que HATSCHEK llama "reglas convencionales" *(Konventionalregeln)* que no son proposiciones jurídicas, que constituyen un estadio preliminar en el proceso de formación del Derecho, y que no pueden aspirar sino a una equiparación con las normas de la Ética, de la Religión, etc., de las que el Jurista, por pureza del método, debe prescindir (87).

(86) *Hauptprobleme,* p. 100.

(87) Hatscheck define las "reglas convencionales": "Jene Normen, die im Prozesse der Rechtsbildung ein Vorstadium des Rechtes darstellen, weil sie noch nicht durch die offiziellen Rechtsquellen gegangen,

§ 24. La voluntad psicológica. — Pasando ahora al análisis del concepto "voluntad" veremos que, tal como lo admite la moderna Psicología, es inservible para la construcción jurídica.

Se caracteriza como voluntad una aspiración que va asociada con la representación de un fin *(Zweck)* o finalidad *(Ziel)*. Toda voluntad es aspiración, pero no viceversa. El punto de partida del acto voluntario es un sentimiento de insatisfacción; y la aspiración aparece como la representación de un medio capaz de remediar la necesidad sentida. Esta satisfacción puede lograrse o mediante un propio movimiento muscular o mediante una modificación del mundo externo que, a su vez, puede verificarse por aquel movimiento. Pero, en todo caso, *el acto voluntario se agota en el impulso transmitido a los nervios motores* (88).

Si el objeto del querer era su finalidad última *(Endziel)* no puede ser querida otra cosa que la satisfacción aspirada: suprimir un estado de fastidio, crear un estado de placer. También el "contenido" de la representación es contenido del querer, porque es medio adecuado de satisfacer la necesidad. El acto de voluntad es, pues, puramente interior.

El acto voluntario no puede confundirse con el "deseo". Para que pueda hablarse de voluntad y no de deseo es preciso que en la conciencia esté unida la representación del hecho futuro que ha de realizarse con la de una propia actividad del sujeto. Ese hecho o estado futuro ha de ser determinado causalmente o posibilitado por una actividad propia. Lo que escapa a tal posi-

die aber deshalb nicht weniger wirksam sind, Normen, welche gewissermassen unter der Decke der Rechtsordnung, insbesondere unter der des öffentlichen Rechtes, sich ausbilden sie teils ergänzend, teil auf ihren Untergang lauernd, um sich, wo der Widerstand schwach geworden, rücksichtlos an ihre Stelle zu setzen." V. Hatschek, *Konventional regeln oder über die Grenzen der naturwissenschaftlichen Begriffsbildung*, en *Jahrb. öff. Recht*, Bd. III 1909; Kelsen, *Hauptprobleme*, p. 103. Cf. Stammler, *Rechtsphilosophie*, ps. 80-83; Mayer, *Rechtsphilosophie*, página 44 y siguientes. Sauer, *Lehrbuch der Rechts-u. Sozialphilosophie*, página 218.

(88) Duguit tiene un concepto absolutamente análogo de la voluntad psicológica; v. *Rev. Droit public*, 1919. Cfs. Recaséns, *Direcciones del pensamiento jurídico*, ps. 126 y ss.

bilidad sólo puede ser objeto de deseo: se desea que salga el sol.

También es posible el querer algo negativo, que no ha de confundirse con un no-querer. Pero así como el querer algo positivo supone su causación, lo negativo no puede ser causado, aunque sí querido. Por eso, la voluntad no es sólo "causa" de los movimientos corporales, pues los hay que son causados por la voluntad sin ser queridos. SIGWART pone a este propósito el ejemplo del que, martillando, se golpea un dedo: el movimiento del martillo es causado y querido por la voluntad y es causa del golpe; pero el golpe no ha sido ya, sin duda, querido. Por eso sólo puede ser querida, en general, la consecuencia representada y su causación sólo interesa al concepto de la voluntad en tanto que es dada en la representación. Pues de no ser así, habría que admitir que un *Nada* pudiera ser causa de un *Algo*. El piloto de un barco que ve venir otro y, viendo inminente el choque, nada hace por evitarlo, será "con razón", según SIGWART, considerado como "culpable" del choque. Sin embargo, él no ha hecho nada y por tanto no ha habido "causa" aunque haya habido "voluntad". Este concepto de "causa negativa" se debe a la confusión de métodos, a la mezcla de elementos normativos y explicativos, que pone de manifiesto hasta qué punto es inutilizable el concepto de voluntad de la Psicología, que es ciencia ***explicativa,*** para la Jurisprudencia, que aspira a una ***construcción normativa de la voluntad.***

§ 25. LA VOLUNTAD EN DERECHO CIVIL Y PENAL. — Si para la Psicología el objeto de la voluntad es una representación, en el Derecho ese objeto es siempre un suceso, un hecho del mundo exterior. Por eso, la Jurisprudencia se pregunta, únicamente, si un hecho externo es querido o no por un sujeto. Pues la voluntad interesa al Jurista sólo en tanto que enlaza un hecho con un sujeto.

Aplicada a la Teoría del "negocio jurídico" *(Rechtgeschäft)*, la doctrina de la voluntad aparece en todo su relieve: según la opinión dominante, el negocio jurídico es una declaración de voluntad (89). Así, WINDSCHEID: "la voluntad declara que un

(89) *Hauptprobleme*, p. 123.

efecto jurídico debe producirse y el orden jurídico deja que se produzca porque ha sido querido". En la formulación negativa resalta más: "el negocio jurídico es nulo si lo que aparecía como querido por el declarante, realmente no era querido" (90). WINDSCHEID, representante principalísimo del dogma de la voluntad, que no ve diferencia esencial entre la voluntad jurídica y la voluntad psicológica, afirma, sin embargo, que el querer, en cuanto estado anímico interno, es indiferente para el Derecho, sin cuidarse, por lo demás, de deducir las necesarias consecuencias de esta afirmación suya; llegando, por el contrario, a conclusiones insostenibles incluso psicológicamente, como cuando dice que el acto de voluntad que permanece encerrado en el interior del sujeto es *inacabado*. (Recordemos que, precisamente porque el acto de voluntad es interno, "termina" antes de que se produzca el hecho externo y aun sin que éste se produzca.) Pero el pensamiento de WINDSCHEID es, en este punto, contradictorio y en seguida afirma que si alguien dice: "yo quiero", se supone que realmente quiere mientras no se demuestre por hechos objetivamente cognoscibles que no quiere. Ahora bien: ¿cómo por una ficción podría establecerse un hecho real? Si alguien quiere o no, sólo por los métodos de la Psicología puede ser determinado. Si el Derecho dice que en tal caso un hombre quiere o no quiere, está entendiendo por voluntad algo distinto de lo que maneja el psicólogo.

Parangonemos, pues, uno y otro concepto. Concluyen las partes un acuerdo cualquiera: ¿se puede decir que "han querido" los efectos del negocio? Los jurídicos no, porque en la mayoría de los casos no los conocen siquiera. Y sin embargo, de ese desconocimiento de los efectos jurídicos no se sigue la invalidez del negocio, antes bien, se afirma que las partes los han querido.

En la declaración de voluntad considerada psicológicamente, habría que distinguir dos voluntades: 1) voluntad de expresar lo que se ha expresado; 2) voluntad de realizar lo expresado en la declaración. ¿Puede esta segunda voluntad interesar al Jurista?

(90) Windscheid, *Pandekten*, I, 9 ed., p. 310; *Wille u. Willenserklärung*, Leipzig, 1878. Cit. por Kelsen, *Hauptprobleme*, p. 132.

No, porque es un hecho anímico y, como tal, incontrolable. Nunca podría asegurarse que existía voluntad real en lo declarado y siempre habría la posibilidad de una *reservatio mentalis* que invalidaría el negocio, consecuencia que nadie admite. A veces se emite una declaración de voluntad de cumplir algo, no existiendo esa voluntad; o bien se emite interiormente condicionada, pero exteriormente vale como incondicionada; o bien, finalmente, puede haber voluntad de la declaración, pero no de cumplimiento de lo declarado; en todos estos casos no puede hablarse de voluntad psicológica. Pero lo declarado vale como querido.

La doctrina civilista del error prueba, a su vez, que la voluntad psicológica es indiferente al Jurista. Para WINDSCHEID, por ejemplo, existiría error en el caso de que el declarante no tiene conciencia de que en su declaración ha habido algo como querido que realmente no es querido: lo que sólo es posible en el caso de que el declarante declara algo distinto de lo que quiere declarar. Pues si yo quiero algo distinto de lo que realmente declaro, sin tener conciencia de esta discrepancia, debo, sin embargo, querer declarar aquello que quiero como efecto; pues si quiero declarar algo distinto de lo que quiero como efecto, en manera alguna puede esto ocurrir sin mi conciencia. Si yo quiero dar 100, y declaro querer dar 1.000, si lo hago por error, en manera alguna puedo querer esa declaración; pero si quiero a la vez dar 100 y declarar 1.000, sólo conscientemente puede esto suceder. Si entre lo que se declara y lo que se quiere declarar no hay diferencia, no hay error, y es indiferente si lo declarado es, aún, "querido". Hay, por el contrario, diferencia entre lo declarado y lo que se ha querido declarar, luego hay error y ya no interesa si todavía hay diferencia entre lo que se ha querido como efecto y la declaración.

A su vez, la distinción entre error culpable e inculpable, de gran trascendencia ética y jurídica, no puede apoyarse en base psicológica. Psicológicamente, ambos errores son iguales. Jurídicamente, la validez del negocio depende de que el error sea culpable o inculpable.

Si miramos al elemento *coacción* obtendremos resultado análogo. Si alguien firma bajo amenaza que pagará 1.000, existe una

voluntad de firmar, de declarar querer pagar 1.000. Puede dudarse, en cambio, si hay voluntad de pagar 1.000, pues se puede estar decidido a no pagar. Ello es indiferente. Para la actual concepción jurídica el negocio jurídico es nulo, en todo caso. Los romanos, afirmando aparentemente lo contrario — ***coactus tamen voluit,*** — venían a parar a lo mismo, sino que en lugar de declarar ***nulo*** el acto, lo declaraban ***válido*** pero ***anulable.*** Hay, de otra parte, casos innumerables de coacción que el orden jurídico no estima tales; sin embargo, tan coaccionado obra el que, hambriento, recibe prestado y promete devolver, sabiendo que no podrá cumplir, como el que roba por hambre; pero es seguro que el derecho no verá aquí un caso de coacción.

Siendo, pues, tan claro que a la voluntad jurídica no corresponde siempre una voluntad psicológica hasta el punto de que un jurista (91) afirma que, no obstante la falta de voluntad, el negocio vale porque su existencia es fingida por la Ley, si a pesar de esto se sigue manteniendo el dogma de la voluntad es que, consciente o inconscientemente, se entiende por voluntad algo distinto de lo que entiende por tal la Psicología: no un hecho real psíquico, sino una construcción jurídica. Y si se quiere dar a la equiparación entre la cualidad de validez y el "ser querido" *(Gewolltheit)* de un negocio jurídico un sentido inatacable, habrá que decir, no ya que el negocio jurídico es válido porque y en tanto que (psicológicamente) es querido, sino al revés: ***un negocio es querido porque o en tanto que es válido*** (92).

Más clara aún que en el dominio del Derecho Privado, aparece en Derecho penal la diferencia existente entre el concepto psicológico y jurídico de voluntad. El dogma diría aquí que el hecho que el orden jurídico castiga, había sido querido por el sujeto: que, porque sin ***culpa*** no puede haber castigo, toda culpa es voluntaria.

Contra este postulado ya LÖFFLER (93) había dicho que hay casos en que el resultado no ha sido ***previsto*** ni ***querido,*** pero

(91) Krainz, *System des österr. Privatsrechts,* I, 4 ed., 1905.
(92) *Hauptprobleme,* p. 133.
(93) Die *Schuldformen des Strafrechtes,* Leipzig, 1895.

hubiera debido ser previsto y evitado. En este *deber ser* radica el momento capital. *El concepto de culpa es de carácter normativo.*

Si además hay hechos cuyos efectos han sido queridos y previstos y hechos cuyos efectos han sido ciertamente previstos pero no queridos, asignar a todos un mismo fundamento, indica que el concepto de voluntad que se maneja no es el psicológico. El concepto de culpa no es explicativo sino de naturaleza normativa y por eso es imposible pretender concebir su esencia mediante investigaciones psicológicas propias del método explicativo. El juicio que atribuye a una persona la culpa de un hecho, no dice absolutamente nada sobre cualesquiera hechos posibles de su vida psíquica. Dice tan sólo que *hay una norma que castiga el acto.* No se es "culpable" de algo por haberlo querido o sabido, sino porque no se hubiera debido hacer o se hubiera debido impedir ese algo. No se castiga al asesino porque ha matado, sino porque la acción de matar es contraria a una norma que castiga el asesinato (94).

No se piense, ahora, que estas consideraciones tienden de algún modo a la eliminación del momento "culpa" del Derecho penal.

No se suprimen los elementos intencionales porque en su consideración jurídico-formal, son parte del hecho, como son parte del mismo los elementos externos, y sin cualquiera de ellos no habría culpa; se afirma, únicamente, que no se castiga porque ha habido intención, sino porque se ha realizado un hecho contrario a una norma.

Por tanto, ser *sujeto de culpa* equivale a ser *sujeto de norma infringida* (95). Hay culpa porque y en tanto que hay castigo (96).

§ 26. La construcción jurídica de la voluntad. — Si psicológicamente, sólo el hombre puede querer, representar, etc., y ni este querer ni este representar tienen la menor relevancia jurídica, habrá que concluir que, en Derecho, el sujeto de vo-

(94) *Hauptprobleme,* p. 138.
(95) *Hauptprobleme,* p. 140.
(96) *Hauptprobleme,* p. 142: "Weil und insoferne eine Strafe, darum und insoferne eine Schuld."

luntad no puede ser la unidad psíquico-zoológica llamada *hombre,* sino la unidad ético-jurídica llamada *persona.* Si jurídicamente son imputados hechos que psicológicamente no han sido queridos, es que el correlato de la voluntad jurídica no es voluntad psicológica, sino un concepto de orden totalmente distinto: la *imputación.* Un hombre hace u omite algo que una norma castiga o recompensa; no se dirá que esa acción es recompensada o castigada, más claro: no es *responsable* la acción u omisión, sino la *persona.* La imputación busca en el interior del hombre un *punto último de apoyo;* este punto final de imputación, ideado por la construcción *(idealer Zurechnungsendpunkt)* es lo que la Jurisprudencia llama "voluntad" (97).

Este punto de imputación es la ley quien lo determina. A su arbitrio queda el que la unidad "persona" coincida o no con la unidad "hombre"; a su arbitrio otorgar voluntad a unos hombres y suprimírsela a otros. Recuérdese el caso de los esclavos; recuérdese la teoría de la "persona jurídica"; recuérdese la misma construcción ética de la "voluntad de Dios" que seguramente no es otra cosa que un *punto final de imputación* de los fenómenos de la naturaleza, exigido por la consideración normativa del universo.

El concepto de "voluntad jurídica" acabará de perfilarse refiriéndonos al problema de la "libertad de la voluntad". Es indudable que la investigación psicológica tiene que proclamar un absoluto determinismo. La Psicología no podría aceptar una explicación indeterminista sin conmover los cimientos de las ciencias explicativas y poner en cuestión su mismo fundamento. El mundo del ser — y a él pertenecen los hechos psíquicos — se rige por la ley de causalidad que no tolera efecto sin causa. Pero ni la Ética ni la Jurisprudencia pueden renunciar a una libertad de la voluntad. Edificarlas sobre base determinista sería tanto como edificarlas sin base. Pero esto indica, una vez más, que una y otra no manejan el mismo concepto.

Voluntad libre equivale a voluntad que está *fuera del nexo causal;* por eso es "punto final de la imputación". El jurista no

(97) *Hauptprobleme,* p. 145; Cfs. *Allg. Staatslehre,* p. 65.

se preguntará por qué un hombre ha obrado o querido de ese modo, sino *cómo ha debido* obrar u omitir. La Ética y la Jurisprudencia, prescribiendo o prohibiendo una determinada conducta, indican una acción u omisión como "debida". Este "ser debida" es lo que hace necesaria su imputación y ya hemos visto que la imputación hace necesaria la construcción de la voluntad. En las *normas* y sólo en ellas, se apoya el concepto ético-jurídico de la voluntad (98).

§ 27. LA VOLUNTAD DEL ESTADO. — ¿Qué debe entenderse por voluntad del Estado? Tanto los representantes de la *teoría orgánica* como de su contraria la *inorgánica*, coinciden en asignar al Estado, como fundamento, una voluntad unitaria. ¿Es esta voluntad un *hecho psíquico real* como lo es la voluntad individual? De la contestación afirmativa descartamos la que nos podría presentar la moderna *Psicología social* con los mitos de la "voluntad colectiva", de la "conciencia social" que, en verdad, no son nada diverso de la voluntad y conciencias individuales y no expresan sino el complejo de representaciones, sentimientos y direcciones de voluntad que se dan en la vida común. Sin embargo, GIERKE (99) llega a ver la substancia del Estado en la "voluntad general", afirmando que el individuo no puede tener conciencia de sí mismo sin sentirse al mismo tiempo miembro de una Comunidad. Aunque así sea, esa comunidad no es el Estado, no es una "unidad jurídica", sino justamente su opuesto, una unidad psicológica y sociológica, la *Sociedad*. Pero es indudable que la voluntad unitaria que forma el Estado, la ley y la actividad de

(98) *Hauptprobleme*, p. 160. Cfs. *Allg. Staatslehre*, p. 71: "Soll *Freiheit des Willens* überhaupt einen möglichen Sinn haben, dann darf *Wille* nicht als realpsychisches Faktum genommen werden (denn damit ist er schon als kausal determiniert genommen), dann muss der Begriff des Willens in jenem normativen Sinn verstanden werden, in dem er sich hier schon wiederholt gezeigt hat. Das Wollen, dessen Freiheit möglich ist, ist das Sollen, und die *Person*, die frei sein kann, ist nicht der Mensch, sondern die Sollordnung in ihrem personifikativen Ausdruck."

(99) *Die Grundbegriffe des Staatsrechtes und die neuesten Staatsrechtstheorien*, en *Z. Gesamte Staatswiss.*, año 1874. Cf. Kelsen, *Hauptprobleme*, p. 164.

los órganos, no puede valer como voluntad del "pueblo del Estado". Afirmar otra cosa es incurrir en una grosera ficción. No tiene sentido afirmar, como hace PREUSS (100), que la superioridad de la subjetividad jurídica de la persona colectiva sobre la subjetividad de las demás "personas miembros" es la expresión jurídica del hecho sociológico en virtud del cual de la suma de voluntades individuales se constituye una voluntad total; pues una "expresión jurídica" sólo puede serlo de un hecho jurídico; *un hecho sociológico no puede, nunca, tener expresión en un concepto jurídico.*

Si la voluntad del Estado se forma, v. gr., por la mayoría parlamentaria, es natural que hacer valer esta voluntad por voluntad total es, psicológicamente, inadmisible. La "voluntad del legislador" no puede ser "voluntad del Estado". El concepto de voluntad del Estado es un concepto *jurídico* que nada tiene que ver con cualesquiera hechos de la vida anímica.

La teoría *inorgánica,* representada principalmente por JELLINEK, coincide con su contraria, el *organicismo,* en hacer valer como unidad del Estado la voluntad de algunas personas — el órgano del Estado. La unidad de la persona del Estado no se basa en la unidad de voluntad sino en la unidad de fin. Es una unidad teleológica. Pero es indudable que una comunidad no puede perseguir un fin común en tanto que no exista una voluntad común. Por eso la teoría inorgánica comete el mismo yerro que su contraria: las dos identifican una unidad sociológica con una jurídica: sino que la una llama "voluntad" lo que la otra llama "fin".

La teoría inorgánica habla de voluntad en sentido psicológico y afirma que la voluntad del Estado es la de sus órganos y que la persona del Estado se identifica con la de sus órganos. Pero lejos de que la voluntad del Estado se identifique con la de sus órganos legislativo o ejecutivo o con cualquiera de sus acciones o actividades, éstas no se imputan al Estado sino *en*

(100) *Uber Organpersönlichkeit,* en *Schm. Jahrbuch;* del mismo *Gemeinde, Staat, Reich als Gebietskörperschaften,* 1889. Kelsen, *Hauptprobleme,* p. 169.

tanto que suponen ejecución de una voluntad suya. La función del órgano es *aplicar* una voluntad del Estado contenida en la ley — en sentido amplio (101).

JELLINEK niega que su concepto de voluntad del Estado sea una "ficción", considerándolo, más bien, como una "abstracción". La abstracción se funda en hechos reales, la ficción los imagina. Para KELSEN, tal voluntad no es ni abstracción ni ficción, sino "construcción", que no se basa en ninguna clase de "hechos reales", porque al Jurista no interesa el mundo del ser; pero podría decirse que es una abstracción a base de "hechos mentales" (*Denkvorgänge*), es decir, "juicios" que el mismo que abstrae realiza, imputando ciertos hechos del mundo externo a determinadas personas. Con esto no afirma que "realmente" se dé algún hecho, en cuyo caso podría hablarse del "fantasma imaginado" por el Jurista; pero desde el momento que sus conceptos no se corresponden, *ni lo buscan,* con "realidades", el reproche cae por falta de base.

¿Qué será, pues, la voluntad del Estado? Si cada individuo es un "punto final" de las acciones que se le imputan, el Estado será el punto final de imputación de las acciones que no han de imputarse a un individuo — el órgano — sino al Estado. El Estado es un "punto ideal" que está fuera de todos los sujetos físicos. El punto de enlace de todas las líneas de imputación que parten de hechos calificados como "acciones del órgano" es la voluntad del Estado. El Estado es idéntico con su voluntad (es decir, con el orden jurídico) (102).

(101) *Hauptprobleme,* p. 171.

(102) *Hauptprobleme,* p. 183: "Alle Zurechnungslinien (vereinigen sich) in einem gemeinsamen, ausserhalb jedes psychischen Subjektes gedachten Punkten. Die Individuen, bei denen eine derartige Zurechnung stattfinde, sind die Staatsorgane, und der gemeinsame Treffpunkt aller Zurechnungslinien, die von den als Organhandlung qualifizierten ausgehen, ist der Staatswille." Cfs. *Allg. Staatslehre,* p. 71. *Compendio,* ps. 35-36: "Al Estado como soporte o sujeto de estos hechos (actos del Estado) se llega sólo mediante una operación mental que designo aquí con el nombre de *imputación.* El Estado como sujeto de los actos estatales, es un *centro de imputación...* Su calificación como estatales (de los actos), en primer término, sólo significa que esos actos corresponden

Decir que una ley contiene o expresa la voluntad del Estado equivale a decir que esa ley establece los hechos que han de valer como acciones del Estado, es decir, que el Estado quiere que se le imputen a él y no al órgano que obra en las circunstancias que la ley establece.

No hay, pues, diferencia esencial entre el concepto de voluntad del Estado y el concepto de voluntad jurídica de los demás sujetos; en todo caso se trata de un *punto final de imputación jurídica*. Y así, lo mismo que la de las demás personas, la personalidad del Estado es "jurídica", creada por el Derecho (103).

B) **La forma lógica de la proposición jurídica**

§ 28. El posible contenido de la voluntad del Estado. — A la cuestión: "qué debe expresar la proposición jurídica", se contesta con esta otra: "qué puede ser contenido de la voluntad del Estado".

Si se considera la voluntad en sentido ético-jurídico, como un punto de imputación de la actividad del órgano, que ha de valer como acción del Estado, el Estado no puede querer sino sus propias acciones. Acción "propia" es la imputada; la acción que se imputa a otro es "extraña" respecto del primero. Por eso, en general, hablar de acción sólo tiene sentido si se la considera como "acción propia". Recuérdese toda la teoría de la voluntad, anteriormente expuesta. Sólo es querido — jurídicamente — aquello que es imputado. Por eso el Estado sólo puede querer, en la proposición jurídica, una propia conducta.

Criterio opuesto es el de la concepción dominante que se llama "teoría imperativa" porque afirma que el Estado quiere una conducta extraña.

El Estado, se dice, quiere imperativamente, amenazando con

o coinciden específicamente con el orden estatal, en tanto que están regulados por este orden y colocados dentro del mismo; razón por la cual pueden ser referidos a la unidad de dicho orden. La referencia a la unidad del orden (fundándose en la norma que estatuye el acto en cuestión), es la *imputación al Estado*."

(103) Recaséns, *Direcciones del pensamiento jurídico*, p. 135.

castigos, que los súbditos no roben, no maten, paguen impuestos, etcétera. Pero esto sólo tiene sentido en un concepto *determinista* de la voluntad. La proposición jurídica sería así la "causa" de la conducta de los súbditos. Esta conducta, entonces, no sería libre y no se concibe qué lugar quedaría, junto a los movimientos corporales causalmente determinados, para un concepto de voluntad en sentido ético-jurídico: tal "voluntad" sería algo superfluo, quedando con eso destruído el supuesto mismo de la Jurisprudencia.

Sí, por el contrario, consideramos libre la voluntad, es decir, en cuanto causa de movimientos corporales, la acción que otro ejecuta no puede ser querida sino por el que la ejecuta. Alguien quiere una manzana de un árbol y, al efecto, golpea con un palo y la manzana cae. La voluntad ha sido causa de la caída de la manzana. Pero el mismo puede ordenar a otro: "Dame la manzana" (imperativo). Si éste obedece, no podrá decirse que la manzana ha caído por voluntad del que ha dictado el imperativo, sino por "voluntad libre" del que la ha hecho caer, pues su voluntad no ha podido ser "determinada causalmente" por la otra voluntad y, por tanto, no ha podido ser "querida" sino "deseada". Un hecho no puede tener más que una causa última. Admitir que una voluntad es libre y, a la vez, que ha sido querida, es decir, determinada por otra, es una contradicción.

El Estado, pues, no puede "querer" la conducta de otro, porque no puede causarla; ni puede tampoco "desearla" porque el Estado es idéntico con su voluntad y fuera de lo que es voluntad del Estado — plasmada en la proposición jurídica — no hay nada, jurídicamente hablando.

La teoría imperativa, operando con conceptos psicológicos, dice que el fin de la norma es la "motivación" de una determinada conducta. Comprobemos si, aun psicológicamente, es esto sostenible. En el análisis psicológico del acto de voluntad hemos mostrado que todo querer supone un estado de insatisfacción y que, por tanto, la idea de su satisfacción va asociada con la representación de un medio capaz de lograrla. Toda conducta del hombre es, en el fondo, tendencia a su satisfacción. Luego sólo podrá alguien ser provocado a cierta conducta o, mejor, a una voluntad de esta conducta, si la conducta exigida aparece al hombre como medio de

satisfacer una necesidad, de procurarse una ventaja, de evitarse un daño. Consideremos ahora el caso del imperativo: dos voluntades hay frente a frente; ¿cómo se producirá su coincidencia? La declaración de voluntad de uno ha de "atravesar" el intelecto del otro y en ese intelecto se opera una representación, considera si la conducta que se le exige puede satisfacer su necesidad, y si se determina de acuerdo con ella es porque el hacerlo así le aparece como su propio interés, porque de ese modo se le acarrea una ventaja o se le evita un perjuicio. Pero habrá casos — los más sin duda — en que tal coincidencia será imposible de lograr. Luego el orden jurídico no puede "motivar" siempre.

La doctrina imperativa proviene del orden moral. En la Moral no hay dos voluntades en lucha sino una sola, y por eso la proposición ética puede ser un imperativo, porque es un mandato autónomo; y el mandato imperativo no es más que la expresión inmediata, verbal, de un querer. Y como el imperativo moral se da a sí mismo, es siempre adecuado para producir una motivación.

Pero la voluntad del Estado es heterónoma y no le interesa una coincidencia por parte de la voluntad del particular. El Estado no "motiva" conductas concediendo ventajas o "amenazando" con castigos, sino "sanciona" una determinada conducta con la doble forma del "castigo" o de la "ejecución" *(Strafen oder Exequieren)*. ¿Qué es, pues, lo que el Estado quiere? Justamente eso: *sancionar una determinada conducta si ésta se produce*. La conducta no es lo querido; es sólo la *condición* para que el Estado "quiera sancionarla" si se ha producido (104).

Castigo y ejecución representan, pues, las dos formas posibles de conducta del Estado.

§ 29. LA PROPOSICIÓN JURÍDICA COMO JUICIO HIPOTÉTICO. — La conducta de los súbditos — acabamos de verlo, — no es contenido sino condición de la voluntad del Estado; por eso no puede aparecer positiva sino negativamente determinada. La conducta jurídica es el "fin del orden jurídico", pero es un error identificar el

(104) *Hauptprobleme*, cap. VII, p. 205.

fin del orden jurídico con la voluntad del Estado. Ponerse fines y volición psíquica es lo mismo. Luego si el Estado no puede querer, tampoco puede "ponerse fines", lo cual no es decir que no los tenga, sino afirmar que el Estado no es sujeto de fines, sino objeto, es decir, medio: esto es una ineludible consecuencia del carácter formal de la Jurisprudencia.

Es un error equiparar norma e imperativo. El imperativo es sólo una posible forma de la norma. Es una expresión inmediata de una voluntad referida a una conducta extraña. El "juicio" es una función del intelecto y en contraposición al imperativo presupone la duplicación del yo en sujeto y objeto. El yo — intelectivo juzga sobre el yo — volitivo. "Tú debes...": he aquí un juicio y no un imperativo; sobre el sujeto "tú" se expresa un predicado: "deber". Por estatuir un deber, el juicio es norma.

La formulación de la proposición jurídica como juicio hipotético no puede, pues, rezar de otro modo que del siguiente: *Bajo circunstancias (una cierta conducta de un hombre)* quiere el *Estado realizar ciertas acciones (castigo y ejecución),* o sea, *poner las consecuencias de un hecho antijurídico* (105).

Aquí entran, pues, dos elementos: una cierta conducta de un hombre y una consecuencia jurídica de la misma; esa conducta es el deber jurídico; la consecuencia es la sanción o la coacción. Cada uno de estos elementos es, en verdad, objeto de una "norma" que cabe llamar "primaria" a la que ordena la coacción y "secundaria" a la que estatuye "como debida" la conducta. Y ahora se puede formular de este otro modo la proposición jurídica, como una *norma doble*: *En determinadas condiciones un hombre determinado debe conducirse de un modo determinado: ahora bien, si no se comporta así, entonces otro hombre — el órgano del Estado — debe practicar contra él de una manera determinada, un acto coactivo (castigo o ejecución).* La norma secundaria que es la que se encuentra en primer lugar, resulta superflua si se la considera de un modo riguroso: expresa sólo, en

(105) *Hauptprobleme,* p. 212: "Unter bestimmten Umständen (d. i. bei einem bestimmten Verhalten der Menschen) will der Staat gewisse Handlungen bzw. Unrechtsfolgen setzen (d. i. Strafen oder Exequieren)."

vista a una comprensión más fácil, aquel vínculo que resulta de la norma primaria, al cual se denomina "deber jurídico" (106).

§ 30. Coacción, coactividad y sanción. — La fórmula en que hemos expresado la proposición jurídica se caracteriza por la inclusión como elemento esencial, de la amenaza de un daño (*Nachteilsdrohung*). Esta amenaza es un medio de coacción. ¿Es pues, la coacción esencial al precepto jurídico? Hay que reconocer que a la idea de coactividad han perjudicado notablemente no tanto los ataques como las apologías, pues no menos los defensores que los adversarios han desfigurado su propio sentido.

En primer lugar, es falso afirmar que por la coacción "se evite" la comisión de una *iniuria*. Ello podría lograrse por motivación psicológica y ya hemos visto que el orden jurídico no siempre es adecuado para provocar cierta conducta — aparte de que al Jurista le es indiferente que la motivación se verifique o no.

Además, admitirla sería contradecir directamente el supuesto de la voluntad libre, que es la base de la Ética y de la Jurisprudencia. Y aferrarse a una explicación psicológica, que, ciertamente, sólo puede admitir el determinismo más absoluto, es renunciar a toda explicación jurídica. Mezclar ambos puntos de vista, introducir en el "puro deber" que forma la esencia de la proposición jurídica un elemento de originación causal que necesariamente pertenece al mundo del ser, es arma que hiere directamente a la teoría psicológica.

La Jurisprudencia se pregunta únicamente si la proposición jurídica, expresión de la voluntad del Estado — en tanto que estatuye acciones y omisiones de los súbditos, — enlaza la conducta del Estado a ciertos supuestos (107). Ahora bien, es indudable que castigo y ejecución son, de hecho, los únicos posibles contenidos de la voluntad del Estado expresada en la proposición jurídica. ¿Por qué? ¿No sería pensable una proposición jurídica que provocase una determinada conducta mediante la promesa de una recompensa? ¿No hay leyes que establecen premios para las fa-

(106) *Allg. Staatslehre*, p. 51; *Compendio*, p. 42.
(107) *Hauptprobleme*, p. 216.

milias numerosas, por ejemplo? Ciertamente, no. El contenido de una tal norma no es una voluntad del Estado, sino una parte de los supuestos a que se enlaza la voluntad del Estado. Ese contenido es un medio para alcanzar un fin social, pero no es una voluntad del Estado que sólo puede tener por contenido una conducta propia. Y una proposición cuyo contenido no es una conducta del Estado, no puede ser una norma jurídica porque no crea un deber jurídico, ni del Estado ni de los súbditos. Y la esencia de la proposición jurídica es estatuir un deber (108).

El hecho de que castigo y ejecución son esenciales a la proposición jurídica no implica que sean "motivos" de obrar "por temor", pues aparte de que el aspecto psicológico no interesa al Jurista, se ha de notar que la norma jurídica no es una "norma garantizada" sino una "norma coactiva". La norma jurídica no aspira — no le interesa — a un "cumplimiento subjetivo" que sólo podría verificarse "por temor" de la sanción de una "autoridad". Pues entonces serían motivos morales los que inclinarían al cumplimiento; pero el que obedece por motivos morales o religiosos no obedece la norma de Derecho, sino normas de Moral y Religión. La norma jurídica no es un "mandato" y el Estado no es una "autoridad"; al Jurista le interesa la conducta humana sólo en tanto que constituye un supuesto a que puede enlazarse la voluntad del Estado de castigar o ejecutar. El "acto recto" como la "iniuria" sólo interesan en tanto que *condición* y en manera alguna como *obediencia* o *desobediencia* a un mandato (109).

(108) Por ejemplo: "Die Vorschrift, dass nur der Kinderreiche Ehegatte ein gesetzliches Erbrecht gegenüber dem andern Ehgatten habe, stellt nur einen Teil jener Bedingungen fest, an die ein Wille des Staates zur Execution geknüpft ist. Der bezugliche Rechtssatz müsste unter Hinweglassen des hier Unwesentlichen lauten: Wenn ein Ehegatte mehr als zwei Kinder hat und ihm jemand die von dem verstorbenen Ehgatten hinterlassenen Güter vor enthält, will der Staat — auf die Zivilklage hin — Execution gegen den Beklagten vornehmen. Die Erbfähigkeit ist wohl ein Mittel zur Erreichung eines sozialen Zweckes, aber nicht Wille des Staates" (*Hauptpr.*, p. 219).

(109) *Hauptprobleme*, ps. 221 y ss. y 288; *Allg. Staatslehre*, páginas 51-52.

§ 31. SI LA NORMA JURÍDICA PUEDE SER "LESIONADA". — ¿Puede la norma jurídica ser lesionada? Distingamos. Si la norma es un imperativo, sí. Cada caso de incumplimiento es un menoscabo en la validez de la norma. *Si la norma es un juicio hipotético, no.* Pues la "iniuria" no es ya un incumplimiento, sino justamente al revés; *la condición para que la norma se cumpla.* Sólo de esta manera puede asegurarse, formalmente, la "inviolabilidad" de la norma. Sólo en ésto y no en la "fuerza motivadora" — que no siempre motiva, — radica la supremacía del orden jurídico, cuyas normas, en este sentido, igualan a las leyes naturales, que siempre son cumplidas. La norma jurídica se cumple siempre.

El Estado la cumple como cualquier súbdito, pues es un "sujeto de Derecho" coordinado con los demás; los órganos del Estado cumplen la voluntad de aquél si los súbditos se hallan en situación de que se aplique a sus actos castigo o ejecución. Esto suministra un criterio para la diferenciación de órgano del Estado y de súbdito, que la teoría imperativa hace imposible.

También así obtendremos la diferenciación con las normas de la Moral, de la Ética, de la Sociología. La norma jurídica es siempre "aplicada". La *administración de Justicia* es el símbolo de la organización jurídica: *Kein Recht ohne Gericht* (110).

§ 32. EL ESTADO "OBLIGADO" POR LA PROPOSICIÓN JURÍDICA. —La proposición jurídica aparece respecto del Estado en posición distinta que respecto de los súbditos, pues si bien está, como éstos, ligado por ella, no cabe una "coacción" contra el Estado porque el Estado no puede cometer "ilegalidad" *(Unrecht).* El Estado es el mismo orden jurídico. Luego lo "antijurídico" no es ya el Estado. Los órganos representan al Estado sólo en tanto que aplican su voluntad, expresada en la proposición jurídica. Un acto antijurídico de un órgano del Estado es sólo aparentemente antijurídico, porque escapa a toda calificación jurídica. Es un acto "jurídicamente incalificable"; o bien habrá de considerarse como que-

(110) *Hauptprobleme,* p. 236.

rido por el Estado en ciertas circunstancias, y entonces es jurídico (111).

Por eso, frente a los súbditos, tiene la norma una significación — la de reacción contra la "iniuria", — que no puede tener frente al Estado. En el Estado, *deber* y *querer* se confunden. No se crea por eso que necesitamos ahora de una nueva formulación de la norma.

Frente al Estado la norma es, aún, un juicio hipotético sobre la existencia de una voluntad suya, enlazada a ciertos supuestos, de castigar y ejecutar. Toda voluntad del Estado que estatuye, mediante una proposición, una conducta propia, es una "proposición jurídica en sentido amplio" que establece el deber del Estado a esa propia conducta, el deber del Estado, v. gr., de construir ferrocarriles, socorrer pobres, etc. Por eso, *toda* proposición jurídica establece un deber del Estado; *algunas* proposiciones jurídicas establecen, *además*, un deber de los súbditos.

En uno y otro caso la voluntad del Estado se enlaza a ciertos supuestos sin los cuales no es concebible una voluntad. Es superfluo y jurídicamente irrelevante decir, v. gr., que el Estado quiere la libertad de conciencia o de pensamiento de sus súbditos porque la voluntad del Estado sólo puede referirse a una propia y positiva conducta, condicionada por ciertas circunstancias.

C) **La "forma de ley" y la proposición jurídica**

§ 33. LA LEY EN SENTIDO MATERIAL Y FORMAL. — Es esencial a la norma de Derecho "estatuir un deber". Veamos, ahora, en qué relación se hallan proposición jurídica y ley. El fundamento de que hay que partir es este: que la ley es la forma necesaria de la proposición jurídica. Así, habrá que coincidir con LABAND, JELLINEK y ANSCHÜTZ, contra HAENEL, en que la forma de la ley puede contener algo distinto de una proposición jurídica; pero habrá que deshechar contra los cuatro autores citados

(111) *Hauptprobleme*, ps. 249-249; *Grünhutszeitschrift*, 1913; en contra Hippel, *Arch. öff. Recht*, 1923; cf. Heller, *Souveränität*, ps. 109-110; Schmitt, *La defensa de la constitución*, p. 66; W. Jellinek, *Der fehlerhafte Staatsakt und seine Wirkungen*, 1908.

— ahora coincidentes, — el que un decreto pueda contener una proposición jurídica. Más bien podrá decirse que toda ley en sentido material es también una ley en sentido formal, pero no al revés: y una discrepancia entre ley formal y ley material sólo puede existir en tanto que una ley en sentido formal tenga un contenido distinto de una proposición jurídica. La significación de la distinción entre leyes formales y materiales se limita, por eso, a que una vez se caracteriza como ley una forma externa — sin referencia a su contenido — y la otra vez un determinado contenido. Por lo demás, la terminología es equívoca y hay que hacer resaltar muy cuidadosamente que al hablar de "ley formal" no se expresa nada sobre su "contenido", porque el contenido no es la ley; por eso sería mejor hablar de "forma de la ley" (112).

La Jurisprudencia dominante ha cometido el error de ver en toda ley formal una voluntad del Estado, y así ha subsumido en el concepto de forma de la ley un elemento material. De este modo es indudable que bajo la forma de la ley puede expresarse no sólo un querer, sino un pensamiento, por ejemplo: un juicio sobre la existencia de Dios — no sería difícil citar casos; — pero sería absurdo ver aquí una "voluntad" estatal, lo que equivaldría a tomar lo que es un supuesto de la voluntad del Estado por el contenido de tal voluntad; sería atribuir un "pensamiento" al Estado.

El único posible "contenido" que, jurídicamente, es exigible para que se pueda hablar de la ley es el de ser una regla de imputación. Sólo la ley que "contiene" una regla de imputación de ciertas acciones al Estado, es "voluntad del Estado"; entonces hay ley porque hay proposición jurídica. Cometen, en cambio, el error de introducir un elemento material, los que sólo ven una ley formal en lo resuelto por el Parlamento, sancionado por el Monarca, y publicado, concediendo una importancia desmesurada a la fórmula "sacramental" de la promulgación; pero no todo lo resuelto, sancionado, promulgado y publicado contiene una voluntad del Estado, porque esa voluntad sólo existe en vir-

(112) *Hauptprobleme*, p. 542; *Compendio*, p. 103; *Allg. Staatslehre*, ps. 231 y 235.

tud de una regla de imputación. Donde tal regla no existe, no existe voluntad.

Toda ley formal o, mejor, forma de ley puede contener algo más que proposiciones jurídicas. Ese algo, ¿pueden serlo "*normas*" *que no sean proposiciones jurídicas?* Si el "mandato" es lo esencial de la norma, sin duda hay que distinguir — supuesto que se conciba la ley como acción del Estado y que a los mandatos estatales se les llame normas — entre las normas que son proposiciones jurídicas y las que no lo son, entre el mandato del agente de policía que "manda" despejar al público y el "mandato" del Estado de no robar. Pero la proposición jurídica — o ley en sentido material — no es una acción del Estado como lo es un acto administrativo. No tiene sentido contraponer administración y orden jurídico, porque no pueden estar en la relación de dos acciones de la misma persona, sino en la reción de querer y obrar. Por eso, un acto de administración no puede ser, jamás, una parte del orden jurídico, una proposición jurídica. Sobra, por tanto, la distinción entre normas que son proposiciones jurídicas y las que no lo son. Las acciones del Estado no son normas, sino realización de la norma.

De aquí se deduce que las autoridades administrativas no pueden estatuir derechos y deberes, como no pueden estatuirlos las partes en Derecho privado; la Administración, frente al orden jurídico, es "un sujeto más"; y sólo el orden jurídico crea derechos y deberes.

Luego no hay más normas que las proposiciones jurídicas y la ley será la forma necesaria de la proposición jurídica. Luego sólo las *leyes materiales* — es decir, las que contienen proposición jurídica — interesan al Jurista.

Un decreto no puede contener proposición jurídica. Se habla, sin embargo, de casos de "delegación" de la ley. La delegación rezaría de este modo: el Estado quiere, *bajo circunstancias que el Ejecutivo ha de determinar, obrar* — castigar y ejecutar — *como el Ejecutivo determine*. La delegación legal sería así una *proposición jurídica en blanco (Blankettrechtssatz)*. Pero el decreto cumple entonces una función puramente material y, como tal, jurídicamente irrelevante: la de "producir" determinaciones que,

formalmente, han de valer como "contenidas" en la ley (113).

En los demás casos, es claro que, siendo la Administración realización del orden jurídico, suponer que un decreto pudiera estatuir una proposición jurídica, sería admitir que la Administración fuera, también, orden jurídico, es decir — en sentido traslaticio, — que fuese, a la vez, causa y efecto.

¿Qué hace, pues, el decreto? El decreto no establece una proposición jurídica, no estatuye derechos y deberes, pero los "hace valer". Una proposición jurídica disciplinaria estatuye un deber del órgano del Estado: un decreto lo hace valer. El decreto, además, "organiza" funciones. En la ley que estatuye una voluntad del Estado de castigar o ejecutar, de proteger pobres, construir líneas férreas, etc., no hay ninguna organización. La organización existe desde el momento que un decreto determina qué órganos del Estado han de realizar esa voluntad. La ley no determina en qué consistirá el deber sino, simplemente, obliga al órgano del Estado, bajo sanción disciplinaria, a aquella *conducta competentemente exigible por decreto o por mandato* individual de la autoridad administrativa (114). Pero estas determinaciones de organización no son, en manera alguna, proposiciones jurídicas aun cuando aparezcan en forma de ley: pues, no contienen voluntad del Estado, sino "condiciones" de la misma.

* * *

El error que se oculta en la argumentación precedente es el de la identificación absoluta de Derecho y Ley — y al distinguir entre esos dos conceptos no nos referimos en manera alguna a la distinción "jusnaturalista" de los mismos; — pero urge advertir que esas ideas, expresadas en la primera gran obra kelseniana, han sido corregidas por ADOLF MERKL y aceptada la corrección por el propio KELSEN que, de ese modo, ha pasado de una concepción puramente *estática* del orden jurídico — plasmado en la ley — a una consideración *dinámica* del mismo, es decir, a una consideración que admite la "función creadora de Derecho" de las

(113) *Hauptprobleme*, p. 557; *Allg. Staatslehre*, p. 236.
(114) *Hauptprobleme*, p. 561.

"normas individuales". Éstas son, ciertamente, "concreción", "cumplimiento" de la norma general; pero se reconoce que también "crear" puede ser cumplimiento.

En el próximo capítulo se explanarán estas ideas y se pondrá en claro lo que en las nuevas hay de desenvolvimiento de lo que las antiguas contenían como en germen, y lo que hay de aceptación de las rectificaciones de los discípulos, principalmente de los dos que particularmente se han ocupado en crear una *Teoría dinámica* del Derecho: ADOLF MERKL y FRITZ SANDER que, por cierto, dentro de la ideología del kelsenismo representan, respectivamente, la rígida ortodoxia y la heterodoxia disidente.

D) Las manifestaciones subjetivas de la proposición jurídica

a) El deber jurídico

§ 34. DEBER JURÍDICO Y DEBER MORAL. — La esencia de la proposición jurídica está en que estatuye un deber de los súbditos Todos los deberes jurídicos del Estado, de sus órganos o de sus súbditos, son creados por el orden jurídico; la distinción única entre deber y proposición jurídica está en el punto de vista desde el que se les considera: el deber jurídico es la misma proposición jurídica, subjetivamente considerada. La Ciencia Jurídica apenas si parece haberlo comprendido así y ha dedicado prolijas investigaciones al estudio del derecho subjetivo, abandonando el del deber jurídico que es la manifestación más genuina del *Derecho en sentido subjetivo.*

No hay proposición jurídica que no estatuya un deber; puede haberla que no conceda ningún derecho (115).

(115) *Hauptprobleme*, p. 312: "Die wesentliche Funktion des Rechtssatzes bestehet darin dass er eine Rechtspflicht statuiert. Kein Rechtssatz ohne Rechtspflicht. Nicht jeder Rechtssatz muss aber ein subjektives Recht einräumen. Der sozialistische Zukunftsstaat, mag in seiner antiindividualistischen Tendenz so weit gehen, dass er alle Subjekte verpflichtet und keines subjektiv berechtigt — aber niemals und unter keinen Umständen wird eine Rechtsordnung ohne Rechtspflichten denkbar sein." *Compendio*, ps. 69 y ss.; *Allg. Staatslehre*, ps. 60 y ss.

También el deber moral es la misma ley moral referida a una conciencia. Pero de ley moral en sentido objetivo sólo cabe hablar si se la considera como la objetivación del impulso subjetivo a una conducta ética (116). Por eso necesita, primero, ser conocida *(Bewusstwerden)*, y, segundo, ser reconocida *(Anerkannte)*; es decir, hay que hacer de la norma la propia norma, supeditándose a ella, reconociendo su validez. Este acto del "reconocimiento" *(Anerkennung)* es el momento esencial del deber moral.

Si la ley moral se la estima como ley objetiva, este momento del reconocimiento es absolutamente indispensable, pues una ley moral que no es conocida no puede obligar. Así lo estimó KIRCHMANN (117) el que, considerando la norma objetiva como voluntad de una autoridad que está fuera del yo y el poder de la autoridad como su "estimación" *(Achtung)* por los súbditos, convierte la relación causal de norma y deber, de voluntad de la autoridad y de voluntad del súbdito, en una *identidad*. Autoridad y yo son uno y lo mismo. Diferenciar norma y deber sólo tiene sentido si por "norma" se entiende la validez general de la aspiración que, en forma de mandato, aparece a la conciencia, y por "obligación" el deber limitado en su validez al yo. La doctrina precedente la aplica KIRCHMANN al deber jurídico que, de este modo, queda reducido a un deber moral.

JELLINEK ha sostenido la identidad de conceptos de deber moral y deber jurídico, edificando toda su construcción del deber jurídico del Estado sobre la doctrina moral de la *Selbstverpflichtung*, de la "autolimitación".

Para HOLD v. FERNEK (118) es el deber "coacción psíco-física por amenaza" (119), pero esta proposición no vale sólo para el Derecho sino para todos los deberes éticos en general. La fórmula: "tú debes", puede cambiarse en un "tú puedes" y todo "tú no debes" en un "tú no puedes".

HEINZE (120) sostiene ser el deber el "resultado subjetivo" de

(116) *Hauptprobleme*, p. 314.
(117) *Die Grundbegriffe des Rechtes und der Moral*, 1869.
(118) *Die Rechtswidrigkeit*, Jena, 1903.
(119) Cit. en *Hauptprobleme*, p. 319.
(120) *Ueber den Einfluss des Rechtsirrtums im Strafrecht*, 1861.

una norma, la cual es independiente de la ley porque nace de la vida común humana y de la naturaleza de las cosas y es la que establece deberes y la que es lesionada; la ley no hace sino proteger las normas. El deber es un sentimiento de la norma; si tal sentimiento falta, no hay deber, ni aun jurídico (121).

Mayer (122) refiere el deber a la *Cultura* y afirma que la "fuerza de obligar" *(Rechtsverbindlichkeit)* de la ley, depende de su coincidencia con "normas de cultura" que el individuo conoce y reconoce como válidas. La proposición jurídica, como tal, no obliga. El deber jurídico es, no más, "un deber" jurídicamente importante.

Las opiniones transcritas prueban que si bien la Jurisprudencia se va emancipando progresivamente de las viejas concepciones del Derecho natural, en lo que se refiere al deber jurídico conserva, todavía, cierta "ranciedad". Realmente, esta posición retrógrada es insostenible después de haber establecido que el concepto del Derecho sólo del Derecho positivo puede derivar, rechazando su fundamentación en principios metajurídicos; y no se concibe cómo los juristas puedan ser infieles a su propio pensamiento fundamental, no reconociendo en el orden jurídico la "última instancia" y en la proposición jurídica la fuente única de deberes jurídicos y de derechos subjetivos. La Ciencia del Derecho debe establecer de una vez para siempre la inconmovible línea fronteriza entre Derecho y Justicia.

Renunciar a esta distinción primaria es recaer en el Derecho natural (123).

Si se está decidido a elaborar una Jurisprudencia independiente de la Etica, no tiene sentido fundamentar el deber jurídico fuera del Derecho.

Si los deberes jurídicos no son más que deberes religiosos, éticos, culturales, etc., protegidos por el Derecho, habrá que aceptar que no hay deber jurídico en la conducta estatuída por una

(121) Obsérvese la semejanza de esta doctrina con la que más tarde había de desenvolver Duguit.

(122) *Rechtsnormen und Kulturnormen*, Breslau, 1903.

(123) *Hauptprobleme*, p. 328. Rudolf Laun, *Recht und Sittlichkeit*, niega que el Derecho positivo contenga deberes.

norma que no tiene su correlato en un contenido moral. Pero esto es insostenible. Hay casos en que la ley estatuye deberes moralmente indiferentes; y casos en que estatuye deberes condenados, v. gr., por la Religión — el servicio militar en caso de guerra: — y ¿no se verá ahí ningún deber jurídico?

Los autores antes citados enfocan el problema del deber jurídico desde el único punto de vista que no puede ser enfocado: como un problema del *ser*.

Pues la proposición jurídica no es lo que de hecho se aplica, el deber jurídico no es lo que de hecho se cumple, sino "lo que debe ser aplicado", lo que "debe cumplirse". Que una norma se "cumpla" o se "viole" es algo que cae fuera de la órbita del Jurista. Es un "misterio jurídico". Porque un deber jurídico sea incumplido nadie pone en duda que el deber existe.

Un juez no admitiría que un deber desaparece por incumplimiento.

Decir que un deber jurídico es cumplido por la fuerza motivadora del orden jurídico es ponerse fuera de la realidad. Pues fuerza motivadora implica conocimiento previo. Según eso la "ignorancia del Derecho" — más real que su conocimiento — excusaría no ya del "cumplimiento" — esto es pura sociología, — sino de la misma "validez" del deber: afirmación que no hay quien tome en serio. El deber jurídico no admite excepciones. Al jurista no puede interesarle aquella concepción que ve en la "iniuria" una "excepción" de la regla, algo patológico, pues deber y conducta jurídica no son lo mismo.

El deber jurídico es la misma proposición jurídica individualizada (124).

El jurista tiene que admitir su *validez* sin discutirla, sin que

(124) *Hauptprobleme*, p. 348: "Von einer subjektiven Rechtspflicht kann neben dem objektiven Rechtssatze nur insofern die Rede sein, als damit dessen Subjektivierungsfähigkeit, d. h. seine Anwendbarkeit auf ein konkretes Subjekt zum Ausdrücke kommt. In dieser Fähigkeit zur Subjektivierung, in dieser Anwendbarkeit auf ein konkretes Subjekt, ist die Lösung des Problems gegeben: aus dem objektiven Rechtssatze die subjektive Rechtspflicht abzuleiten, genauer: den Rechtsatz als Rechtspflicht zu begreifen."

le sea lícito preguntarse: ¿por qué debe ser cumplida y aplicada la norma?, pregunta que, además, entrañaría un contrasentido, pues consistiendo la validez de la norma en que debe ser cumplida y aplicada, preguntarse el porqué de esa validez equivaldría a preguntarse: *¿por qué una norma que debe ser cumplida y aplicada, debe ser cumplida y aplicada?*

§ 35. A QUIÉN SE DIRIGE LA NORMA. — Si la esencia de la norma es un imperativo, indudablemente hay que preguntarse: ¿a quién va dirigida la norma, es decir, el imperativo? Pero una vez que esta teoría ha sido rechazada, el problema desaparece; la regla, que es un juicio hipotético, no necesita destinatario (125). La pregunta se transforma en esta otra: ¿quién está obligado por la proposición jurídica?

Según unos, la norma se dirige a los súbditos porque es un imperativo que exige una cierta conducta de éstos. Para otros, el destinatario es el órgano del Estado, porque también se le exige una cierta conducta. Pero esta opinión hace imposible distinguir entre súbdito y órgano del Estado.

Uno y otro *cumplen un imperativo* y, por tanto, los órganos del Estado son uno de tantos súbditos que "obedecen" un mandato. Para evitar esta confusión se recurre a identificar la persona del Estado con la de sus órganos y, entonces, la norma es un imperativo que el Estado se dirige a sí mismo. Esto sólo puede aprovechar en una teoría de "autolimitación" del Estado, que no es admisible.

No hay, pues, destinatario de la norma jurídica. En esto se parece a las leyes naturales que tampoco "se dirigen" a nadie y que "valen", sean o no conocidas. La naturaleza de la norma no tolera otra pregunta que la de quién es "obligado" y ya sabemos que *toda* proposición jurídica obliga al Estado y, *algunas,* también a los particulares (126).

§ 36. LA AUTOLIMITACIÓN DEL ESTADO. — Si concebimos al Estado como personalidad, hay que considerarlo como sujeto

(125) *Hauptprobleme,* ps. 379-380; cf. *Allg. Staatslehre,* p. 54.
(126) *Hauptprobleme,* p. 395.

de derechos y, en particular, de deberes jurídicos. ¿Son estos derechos y estos deberes algo distinto de los derechos y deberes de los súbditos? ¿Es el Estado una "persona jurídica" distinta de las restantes personas jurídicas? La distinción entre persona "física" y persona "jurídica" es una distinción sin base, porque *toda persona es jurídica,* es decir, creada por el Derecho. La "persona" no nace, no es algo dado con el sujeto, es un producto de la construcción jurídica. La persona del Estado no se diferencia en esto de las demás personas. No cabe decir que es una persona que está "sobre" o "por encima" de las demás — "supraordinada", — en virtud de su "poder", pues esto pertenece al dominio sociológico, que no interesa al Jurista. La persona del Estado es una persona "coordinada" con las demás y, como ellas, sometida al Derecho.

Ahora nos preguntaremos, pues, no "cómo nace" el deber jurídico del Estado, sino *cómo se ha de construir* el deber jurídico de la persona-Estado (127).

Para construir el deber jurídico del Estado hay que renunciar a toda explicación psicológica. Si por deber se entiende un estado real psíquico de interna sujeción de la voluntad, no hay deber jurídico del Estado. Porque tal deber "presupondría" una psique individual.

La dificultad no se resuelve apelando al mito de una "voluntad colectiva" que se pretendería hacer valer como voluntad del Estado.

JELLINEK explica la voluntad total — del Estado — como voluntad de los órganos y afirma que la característica del querer estatal radica en su permanencia: afirmación absurda que llevaría a admitir que los hombres que forman la comunidad estatal quieren perpetuamente el orden jurídico (128). Además, si la voluntad

(127) *Hauptprobleme,* p. 397.

(128) *Hauptprobleme,* p. 399: "Der Staatswille ist aber keine wie immer geartete individual oder sozialpsychische Tatsache. Fasst man daher die Rechtspflicht als realpsychische Willensgebundenheit, gibt es keine Rechtspflicht des Staates — auch nicht in bildlichen Sinne — sondern nur Rechtspflichten von Einzelmenschen u. keine Dialektik der Welt kann darüber hinwegtäuschen; ganz ebenso wie keine Staatsperson geben kann, wenn man den Willen im psychologischen Sinne als Substrat der Persönlichkeit betrachtet."

del Estado es voluntad de los órganos, es voluntad de hombres, es decir, voluntad psicológica y no se comprende cómo una voluntad psíquica pueda valer como voluntad del Estado. Por ese camino es imposible probar la existencia de deberes jurídicos estatales; no es posible siquiera construir una teoría de la "autolimitación" o "autoobligación", si no se la inmanentiza en el dominio de las psíques individuales, único terreno en que Jellinek puede intentarla, por analogía con la moral autónoma. Pero aun en este terreno incurre Jellinek en constantes contradicciones considerando todo acto de obligación como una auto-obligación y, al mismo tiempo, como un "proceso de motivación". De esta manera tiene que plantearse el problema de cómo "nace" el deber del Estado, operando con un "devenir", es decir, con algo que se realiza en el reino del ser, contradiciendo, por tanto, lo más elemental exigencia del método jurídico, el cual se mueve en el campo de lo normativo.

Nosotros sabemos, de otra parte, que el deber jurídico no es algo distinto de la norma, luego la cuestión de cómo nace el deber del Estado cae fuera de las lindes de la ciencia Jurídica.

Hay, pues, que "construir" el deber del Estado. Descartada la explicación psicológica, no hay ya posibilidad de considerar al Estado como "productor" del Derecho. El Derecho es, ciertamente, voluntad del Estado, pero en el sentido de que el Estado es el "soporte" del Derecho. La "voluntad del Estado" no puede ser algo "real", sino lo que es toda voluntad para el Derecho: "punto de imputación".

Los "actos de la legislación" no son "causa" de lo que se llama voluntad del Estado. Son sólo supuestas condiciones a las que se enlaza la existencia de una proposición jurídica, es decir, de una regla de imputación; son sólo la suma de circunstancias bajo las cuales es verdadero un juicio que expresa que, en determinadas condiciones, determinadas acciones de ciertas personas (órganos del Estado) no han de imputarse a ellas, sino al Estado mismo.

Hay, pues, deberes jurídicos del Estado. Esos deberes son la misma proposición que establece una conducta del Estado bajo ciertas circunstancias. Y no se trata de "autobligación" alguna

porque ni el Estado produce su voluntad ni el proceso de la legislación es jurídico sino estrictamente "social". Imputar a la persona del Estado los actos de legislación sería tanto como admitir que se pueden querer cosas contradictorias. (Por ejemplo, si la Cámara alta rechaza un proyecto de ley de la Cámara baja) (129).

§ 37. El deber jurídico del Estado. — La "autolimitación del Estado es ilusoria, pues caso de que pudiera admitirse, quedaría contrarrestada por una "autoliberación". La obligación del Estado es la misma proposición jurídica en su subjetivación. Toda proposición jurídica, en cuanto juicio hipotético sobre una voluntad del Estado, estatuye un deber del Estado. Toda proposición jurídica puede, además, ser deber jurídico de un súbdito, si ofrece una segunda posibilidad de subjetivación. En todo caso, el concepto de deber jurídico es un concepto unitario, pues es la misma proposición jurídica la que vale como deber del Estado y como deber de los súbditos (130).

Entre el deber del Estado y el de los súbditos hay, empero, diferencias.

La proposición jurídica establece directamente una voluntad del Estado a una conducta propia e, indirectamente, la de los súbditos, que es condición de aquélla. La proposición: si alguien roba, el Estado quiere castigarle, establece directamente el deber del Estado de castigar e indirectamente el deber de los súbditos de no robar. Además, el deber jurídico del Estado es siempre condicionado, pero el de los súbditos no siempre lo es. Recordemos, por ejemplo, los deberes de omisión. Pero al Estado no se le puede imputar una omisión de un órgano suyo: equivaldría a imputar una "ilegalidad" al Estado y ya se ha probado que la voluntad del Estado no va más allá de la proposición jurídica. No hay tampoco "fuerza" ni "poder" del Estado que interese al Jurista si no es en los límites en que coincide con su voluntad.

La más importante diferencia entre el deber del Estado y el

(129) Téngase en cuenta la rectificación sufrida en este punto por la doctrina kelseniana, que más adelante se expone. Cf. Kelsen, *Hauptproblem*, cap. XV.

(130) *Hauptprobleme*, cap. XVI., p. 435.

de los súbditos está en que, en el Estado, *deber* y *querer* coinciden (131) y, en consecuencia, el deber jurídico del Estado carece de sanción. Es él quien, por el contrario, sanciona los actos de los súbditos, en los que por fuerza ha de haber discrepancia, la mayoría de las veces, entre deber y querer. En este punto recuérdese una vez más que la "sanción" no es la "coacción" de que hablan los autores, que sobre ser indiferente al Jurista, imposibilita la construcción de todo deber del Estado.

§ 38. LA "PERSONALIDAD": — "Personalidad" y "sujeto de Derecho" son sinónimos para la literatura jurídica. Por sujeto de Derecho se entiende no todo sujeto sino aquel que aparece como portador de un "derecho subjetivo" o "facultad". Pero es indudable que se concibe un orden jurídico que no concede ningun derecho subjetivo; pues la esencia de la persona jurídica es estatuir un deber. Hay, pues, que invertir la terminología y hablar de "sujeto de deber". El deber es la misma proposición jurídica subjetivada. Sujeto de deber es, por tanto, aquel a quien se aplica la proposición jurídica. Y persona será el sujeto del deber. La esencia de la persona es "voluntad", entendida como resultado de un proceso de imputación. Luego los súbditos y el Estado son sujetos de deberes, es decir, personas, porque a uno y otros se aplica la proposición jurídica, es decir, se imputan ciertos hechos. Por eso también toda personalidad es algo artificial o "jurídico" en cuanto que es resultado de un proceso de imputación establecido por el orden jurídico. Entre los conceptos de "hombre" y "persona" no hay un enlace esencial. Un animal puede, sin inconveniente, ser sujeto de deber, desde el momento que el concepto de deber jurídico no tiene ninguna relación con el deber moral y no hace, por tanto, referencia a ninguna conciencia que "reconoce" una norma y se somete a ella. A la inversa, recuérdese el caso de los esclavos que eran hombres y no personas (132).

(131) *Hauptprobleme*, p. 447: "Zu einem bestimmten Verhalten ist jemand verpflichtet, nur weil und insoferne er im Falle des gegenteiligen Verhaltens — d. i. dem Unrechtsfalle — bestraft oder exequiert wird. Die Staatsperson kann nicht, jedes andere Subjekt darf nicht Unrecht handeln."

(132) *Hauptprobleme*, p. 519: "Die Begriffe Mensch u. Person kei-

Finalmente, una colectividad de hombres puede ser sujeto de deberes, es decir, persona. Así se desvanece el viejo problema de la "persona moral". El "substrato real" de la persona es absolutamente indiferente al Jurista.

b) El Derecho subjetivo

§ 39. EL DERECHO SUBJETIVO Y LA PROPOSICIÓN JURÍDICA. — Es sin duda el problema del Derecho subjetivo el que más ha sido discutido por la ciencia Jurídica, bien al revés de lo hecho con el concepto de deber jurídico, casi totalmente abandonado por aquélla.

El Derecho natural ha identificado "derecho subjetivo" con "facultad" *(Berechtigung)* y así la actual terminología caracteriza con la palabra "derecho" su aspecto subjetivo y su manifestación subjetiva como "facultad", siendo de este modo la *Berechtigung* la única manifestación posible del Derecho; el otro término, el "deber" *(Pflicht)* es ignorado, no es ya "Derecho" *(Recht)*.

Esta teoría tiene su explicación en momentos histórico-políticos. Nació en los tiempos del absolutismo como reacción, imaginando una época preestatal en la que el hombre era "libre" y

---

ne wesentlich notwendig Verbindung (haben). Fasst man insbesondere den Rechtssatz im engere Sinne, der den Wille des Staates zu strafen und Execution beinhaltet, ins Auge, dann muss man wohl zugestehen, dass es vor allem der Mensch ist, der seiner Natur nach überhaupt fähig ist, die Anwendbarkeit eines Rechtssatzes — Strafen und Execution zuzulassen m. a. W. verpflichtet zu werden, Pflichtssubjekt zu sein. Allein es wäre ein Irrtum zu glauben, dass nur der Mensch diese Fähigkeit habe! Gerade der hier nicht akzeptierten teleologischen Betrachtung kann die bereits in anderem Zusammenhange bemerkte Tatsache nicht entgehen, dass Strafe auch an Tieren vollzogen wird und mit demselben Zweck und dem gleichen Erfolg (!) wie an Menschen. In welcher Richtung immer die Rechtsordnung — wenn auch auf noch so unvernünftige Weise — die Unrechtsfolge lenkt, dort wo die rechtliche Zurechnung Halt macht, dort ist das Pflichtsubjekt zu suchen — und wäre es ein lebloser Gegenstand". Cfs. Mendizábal, *Derecho natural,* cap. IV, en contra de esta tesis. En cambio coinciden con ella (desde el punto de vista ético), los autores krausistas.

tenía "derechos" por "naturaleza". Sin duda, tal concepción tiene más carácter *ético-material* que *jurídico-formal;* pero, en todo caso, el concepto de "Derecho natural" es puramente subjetivo y está en contradicción con lo que la moderna doctrina jurídica considera exclusivamente como Derecho objetivo y subjetivo: el Derecho positivo. Derecho, por esencia, significa orden y sujeción *(Bindung);* por eso, en el Derecho natural, cambia, invierte su significado para devenir sinónimo de Libertad; es decir, que el Derecho natural no entendía por Derecho *lo que era Derecho,* sino justamente al revés *lo que no era Derecho,* en sentido positivo (132 bis). Y este concepto del Derecho vive aún en la moderna doctrina, en su nuevo dominio del "derecho subjetivo". Y, de este modo, la doctrina moderna del derecho subjetivo es, fundamentalmente, inaceptable.

Se acostumbra a considerar el derecho subjetivo como un "reflejo material" del deber jurídico de otro, pero esto es incurrir en la falta de introducir este elemento material que, como tal, es irrelevante (133). ¿Se dirá, por ejemplo, que existe un *derecho subjetivo de no ser robado?* El Jurista no puede admitirlo; él no puede ver más que el deber jurídico de no robar. ¿Se admitirá, con los civilistas, que "el derecho" de propiedad sea el reflejo material del deber, en los demás, de respetarla? Una correcta expresión jurídica sólo hablará en este caso del deber ajeno y, a la vez, tendrá que excluir todo lo que haga consistir tal derecho en "el goce", que es no menos indiferente a la construcción jurídica; todo esto son elementos materiales, debidos al Derecho natural, del que es preciso emanciparse.

Habrá también que rechazar las tres teorías que disputan sobre el concepto de derecho subjetivo y que son la "teoría del interés" de IHERING, la "teoría de la voluntad" de los romanistas (WINDSCHEID, ARNDT, etc.), y la "teoría combinada" de BERNATZIK y JELLINEK (134).

(132 bis) Cfs. el concepto que del Derecho natural tenía nuestro Dorado Montero, *El Derecho y sus Sacerdotes.*

(133) *Hauptprobleme,* p. 570.

(134) V. su crítica en *Hauptprobleme,* cap. XXII. La misma teoría defiende Michoud, *Th. de la personnalité morale.*

Estas teorías adolecen del defecto de ver en el derecho subjetivo una esencia distinta del Derecho objetivo; ellas investigan "lo que" protege o reconoce la norma; pero al Jurista sólo interesa el "cómo" es protegido, la "forma". Derecho subjetivo es, pues, protección, orden jurídico, proposición jurídica en relación a un sujeto.

El deber jurídico establecido en una proposición jurídica es "mi" derecho subjetivo, si una manifestación de mi persona es condición de la voluntad del Estado, si uno de los supuestos a que se enlaza tal voluntad es una cierta conducta mía (135). Toda proposición jurídica que establece una conducta del Estado a castigar y ejecutar y que estatuye, al propio tiempo, un deber jurídico de los súbditos, concede una acción *(Klage, actio)* que es un momento condicionante de la voluntad del Estado. Si alguien retiene indebidamente lo que recibió a préstamo y el prestamista ejerce acción, el Estado quiere ejecutar. Están, pues, en íntima relación derecho y deber, porque el derecho de uno es siempre referido al deber del otro; pero de estas dos formas de la manifestación subjetiva de la proposición jurídica, sólo la del deber es necesaria, porque el derecho subjetivo no es, necesariamente, condición de la voluntad del Estado.

Y así si la proposición jurídica estatuye el doble deber de los súbditos y del Estado, el derecho subjetivo se refiere a su vez a ambos; así, el prestamista tiene un derecho subjetivo frente al prestatario y otro de ejecución frente al Estado; bien entendido que no se trata de "dos" derechos diversos, sino de uno mismo en doble relación.

También de la "proposición jurídica en sentido amplio", es

(135) *Hauptprobleme*, p. 619: "... Ein die Rechtspflicht irgend jemandes statuierender Rechtssatz insoferne als mein Recht zu gelten hat, als ich auf Grund der Bestimmungen dieses Rechtssatzes zu diesem in einem solchen Verhältnisse stehe, dass er als der meinige, als mir zugehörig bezeichnet werden kann. Das ist dann der Fall, wenn dieser Rechtssatz zu meiner Verfügung steht d. i. wenn der in dem Rechtssatze ausgedrückte bedingte Wille des Staates zu einem bestimmten Verhalten unter anderem auch von mir abhängig gemacht, u. a. auch durch eine Ausserung meiner Person bedingt wird."

decir, de la proposición jurídica que contiene sólo un deber del Estado, derivan derechos subjetivos. ¿Hay, pues, un derecho subjetivo contra el Estado?

La decisión de esta cuestión ha de tener en cuenta el especial carácter del deber del Estado y que el Estado no puede cometer ilegalidad; pues si se quiere ver la esencia de todo derecho subjetivo en la restauración del Derecho, puesta a disposición del lesionado, es indispensable un derecho subjetivo contra el Estado. Sólo puede considerarse tal, la misma proposición jurídica que obliga al Estado a una propia conducta en relación a un sujeto, es decir, si su realización se hace depender de la "pretensión" *(Anspruch)* de éste.

Así, por ejemplo, si el Estado se obliga bajo ciertas circunstancias a construir una escuela en un municipio y ***su construcción se hace depender de la petición del Municipio,*** hay un "derecho subjetivo" del Municipio a la construcción de la Escuela. Otro ejemplo: ¿Puede decirse que existe, en general, un derecho subjetivo a la explotación de una industria? No, porque no existen derechos sobre la propia conducta, pues todo derecho se refiere al deber de otro — aquí del Estado. Tal derecho existe desde el momento que el libre ejercicio de la explotación industrial se haga depender, por el Estado, de una "concesión", y la concesión, de una petición privada; entonces existe un derecho subjetivo al otorgamiento de la concesión. Pero si el Estado se contenta con decir que el ejercicio de una industria será penado caso de incumplimiento de ciertos requisitos o, mejor, que sólo es "permitido" el ejercicio de una industria mediante cumplimiento de ciertos requisitos, tal ejercicio no es ya un derecho subjetivo sino algo jurídicamente indiferente.

Resumiendo: derecho subjetivo del súbdito es la proposición jurídica en relación a aquella persona de cuya pretensión se hace depender la realización de la voluntad del Estado a una propia conducta. Derecho subjetivo del Estado es la proposición jurídica en la relación del Estado con las demás personas obligadas por la proposición jurídica (136).

(136) *Hauptprobleme*, p. 625.

Para acabar de perfilar esta idea, retengamos el momento esencial del derecho subjetivo: la *declaración de voluntad* del interesado, en virtud de la cual la proposición jurídica, la norma, se pone, por decirlo así, "a su disposición". Es decir, se hace depender de él que se dicte una sentencia judicial o que se realice un acto de administración. Pero ahora hay que advertir que *también el acto administrativo y la sentencia son normas jurídicas,* normas "individuales" ciertamente, pero orden jurídico ni más ni menos que la proposición que aplican. Y he ahí cómo el derecho subjetivo es ya *participación en la producción de la voluntad del Estado,* que es el orden jurídico (137).

El problema del Derecho "en sentido subjetivo" es, desde este punto de vista, el mismo problema del *pueblo del Estado,* si éste ha de ser concebido jurídicamente. No son los "hombres" los que constituyen el Estado, sino que una determinada "conducta humana" está en cierta relación con el orden jurídico. Y esta relación o es de "pasividad" o es de "actividad". En el primer caso constituye el objeto de un deber jurídico; en el segundo el de un derecho subjetivo. En otros términos; o la conducta humana aparece como "debida", como "sometida" al Derecho, o como "creadora" del mismo. Por lo demás, se conserva el carácter primario del deber jurídico respecto del derecho subjetivo; pues si bien es cierto que todo Derecho estatuye una conducta como debida, no puede decirse que todo orden jurídico conceda una participación en el proceso de su creación (138).

Y así KELSEN ha pasado, también en este punto, de una consideración *estática* del derecho subjetivo a una *dinámica.* Esta transición no ha sido brusca; no ha habido "salto" para pasar de una margen a otra. KELSEN, en sus primeros años, pisaba firme en una orilla y, a la par, tendía un puente, que quedó sin terminar: fueron los discípulos quienes, desde la otra orilla, tendieron lo que faltaba. En el próximo capítulo estas ideas quedarán definitivamente aclaradas cuando planteemos la contradicción kelseniana en este punto concreto: ¿es problema jurídico la produc-

(137) *Allg. Staatslehre,* ps. 55 y ss.; *Compendio,* p. 69 y 73.
(138) Cfs. *Staatsform als Rechtsform,* en *Z. öff. R.,* 1925.

ción de la voluntad del Estado? pues veremos que en los *Hauptprobleme* contesta con un *no,* y, últimamente afirma que el Estado — orden jurídico — regula su propia producción. Pero se verá que la contradicción no es tan grave, como a primera vista parece, porque el concepto de "producción" es equívoco.

§ 40. DERECHOS POLÍTICOS SUBJETIVOS. — El elector puede ser considerado tanto como órgano cuanto como sujeto de un derecho; y la participación en la formación de la voluntad del Estado — por lo menos según la definición oficial de los derechos políticos — tiene que ser necesariamente función orgánica (139).

Ello es porque la participación en la formación de la voluntad del Estado ofrece diversos grados, si se entiende por voluntad del Estado todo el complejo de normas jurídicas, desde las generales o leyes hasta las más individualizadas. Ahora bien, sólo los que dicen relación a las primeras son *derechos políticos* porque, si no, todo derecho sería un derecho político (140). Si el orden estatal es producido directamente por el pueblo, hay un derecho subjetivo de los individuos a participar en las asambleas populares con voz y voto. O bien, el acto de la legislación es producido sólo *mediatamente* en virtud de una *representación* elegida por el pueblo y, entonces, hay dos fases del proceso: 1.°, elección del Parlamento; 2.°, acuerdos tomados por sus miembros.

Conforme a lo cual, en este caso, hay un derecho subjetivo de los electores, el *derecho electoral,* y, además, un derecho subjetivo a formar parte del Parlamento. "Estos modos — o condiciones de la producción general del orden jurídico — son los que suelen llamarse *derechos políticos*" (141).

(139) *Allg. Staatslehre,* ps. 152-154; *Compendio,* p. 70.
(140) *Compendio,* p. 71; cfs. *Staatsform.*
(141) *Allg. Staatslehre,* ps. 149 y ss.; *Compendio,* p. 71. Cfs. sobre esto Pagano, en *Riv. Int. di Fil. del diritto,* VI, 1926.

Capítulo IV

PRODUCCIÓN Y REALIZACIÓN DEL ORDEN JURÍDICO ESTATAL

A) **¿Es un fenómeno jurídico la "producción" del orden estatal?**

§ 41. La producción del orden jurídico como función social. — La "producción" de la voluntad del Estado no puede ser función del Estado. Al Estado sólo se le puede imputar algo en virtud de una proposición jurídica — regla de imputación: — sería un absurdo lógico imputarle también los hechos con que se ha contribuído a la formación de esa regla. Según eso, los factores legislativos, el Parlamento y el Monarca — en cuanto legislador — no pueden ser órganos del Estado. Esta verdad, que ya fué presentida por algunos teóricos de la generación anterior — singularmente Lorenz v. Stein — es negada por la mayoría de los autores modernos que, de ese modo, se ven enredados en un cúmulo de contradicciones. Pues la voluntad de la Cámara alta, que puede suponerse en contradicción con la de la Cámara baja, será tan voluntad del Estado como ésta, y el Estado querrá cosas contradictorias. Supongamoslas coincidentes, supongamos otorgada la sanción del Monarca, y no tendremos todavía "voluntad del Estado". Faltan dos requisitos: la publicación y el transcurso de la *vacatio legis*. Sólo entonces habrá ley. Lo que prueba que las deliberaciones de la Cámara, la sanción de la corona, la publicación y la vacatio legis no son más que *supuestos* para que exista voluntad del Estado, y es absurdo considerar cada uno de estos elementos, materialmente tan diversos, como función de lo que, en realidad, se está aún formando (142).

Tampoco los diputados y senadores, ni menos los electores,

(142) *Hauptprobleme*, cap. XVIII.

son órganos del Estado. Muy especialmente hay que rechazar la teoría que ve en el pueblo un órgano del Estado; pues es una ficción decir que el pueblo "elige" sus representantes, siendo así que en los regímenes de sufragio universal apenas si los electores suman la cuarta parte de ese "pueblo" que, según JELLINEK, estaría constituído por "los hombres pertenecientes a un Estado". Además, el concepto de pueblo es extrajurídico. Finalmente, no hay justificación posible para atribuir las acciones de un grupo de electores, al todo pensado como unidad. Son notables los esfuerzos dialécticos de JELLINEK para mostrar cómo puede existir una voluntad unitaria del pueblo. Con sus argumentos, podría llegarse a afirmar que dos electores que quieren algo contradictorio *coinciden en que los dos quieren algo*. En todo caso, el pueblo no sería, por decirlo así, "órgano primario" del Estado, es decir, no por el hecho de existir es el pueblo órgano del Estado — pues entonces todo Estado sería un Estado constitucional — sino sólo y *en tanto que la constitución lo establece*.

Por lo demás, toda esta construcción es puramente política y cae fuera de los ámbitos de la Jurisprudencia que tiene que renunciar a tales puntos de vista y afirmar una vez más que el problema de la "producción" de la voluntad del Estado es problema que no le interesa.

§ 42. LA PRODUCCIÓN DEL ORDEN JURÍDICO REGULADA POR EL MISMO. — Puede decirse que de la precedente doctrina, no ha quedado nada en pie. Ya antes advertimos la contradicción que en este punto ha sufrido el pensamiento kelseniano. Pero dijimos también que la contradicción entre ambas doctrinas es más aparente que real.

Es indudable que en una consideración *estática*, que "recibe hecha" la ley, que afirma que ley es lo que contiene una regla de imputación y que sólo esta regla de imputación es voluntad del Estado, no se pueden imputar al Estado los actos con que se contribuyó a constituir su voluntad, pues eso sería tanto como imputarle una voluntad inexistente. Pero este modo de ver las cosas es incompleto. Pues el Derecho no se agota en la ley — en cada ley, — sino que es un todo, una pirámide cuya cúspide es la

Constitución y su base una serie de meros *actos de ejecución*. Y este todo es algo que "funciona" y puesto que toda función del Estado es función del Derecho, una teoría jurídica del Estado ha de considerar a éste — es decir, al orden jurídico, — en su funcionamiento, en su *dinámica*. Por esto, función del Estado es *función creadora de Derecho:* es el proceso gradual o escalonado y sucesivo del establecimiento de las normas. Es peculiar del Derecho el regular él mismo su propia creación de tal manera que la producción de una norma de Derecho constituye una situación que está regulada por otra norma jurídica "superior", y ella, al propio tiempo, determina el modo de producción de otra de grado inferior. Todo hecho de producción de una norma representa, además, con respecto a la norma superior que lo regula, un acto de ejecución de la misma. A su vez, la norma creada en este acto será ejecutada de nuevo mediante otro hecho creador de una norma "inferior". En el curso de este proceso productor del Derecho, en incesante y perenne renovación, que va sucesivamente siempre de una situación abstracta a otra más concreta, se van rellenando las normas generales con un contenido cada vez más individualizado; sólo en virtud de esta individualización puede decirse que las normas abstractas adquieren sentido (143).

Ahora podemos ver cómo estas dos opuestas concepciones kelsenianas no son algo que mutuamente se excluyen, sino que son dos verdades "de orden diferente"; y no ya tampoco verdades "parciales", por la sencilla razón de que se piensan cosas heterogéneas al afirmar una vez lo que parece contradictorio con lo que antes se dijo. Pues si consideramos los actos parlamentarios, v. gr., en su *materialidad*, no hay duda de que no son fenómenos jurídicos; pero cabe considerarlos *formalmente*, en su mera cualidad de actos de *cumplimiento* de la Constitución que ordena que la ley se cree con arreglo a ciertos actos y procedimientos, sin que sea ya preciso pensar en el "contenido material" de esos actos ("voluntades" de los diputados y senadores, "discursos" de los mismos, etc.); y así es posible elevar a la cate-

(143) *Allg. Staatslehre*, ps. 248-250; *Compendio*, ps. 99 y ss. Cfs. Nawiasky, en *Z. öff. Recht*, Bd. VI; Galli, *L'indagine giuridica e la purezza del metodo.*

goría de órganos del Estado a los órganos legislativos. — De otra parte, sigue siendo cierto que la Constitución se apoya, en último término, en algo que ya no es jurídico, pues sólo de ese modo podrá el sistema cuya unidad funda la Constitución ser considerado como "más alto", cualidad que sería impensable si la validez de la "última" constitución dependiera aún de una regla jurídica: pues entonces formaría parte del sistema a que perteneciera esa regla; y en ese sentido es rigurosamente exacto que la "producción del orden jurídico" — del *todo* del orden jurídico — es "metajurídica". Por lo demás, ya sabemos cuál es el significado de este elemento metajurídico; su función es meramente lógico-trascendental; su contenido es lo "facticio" que deviene norma jurídica; es el poder convertido en Derecho.

B) **Las funciones del Estado**

§ 43. La legislación. — La doctrina clásica habla de tres funciones o poderes del Estado: legislación, jurisdicción y administración; pero si tenemos en cuenta que estas tres funciones se pueden reducir, en principio, a dos, reuniendo la jurisdicción y la administración en el concepto lato de *ejecución de las leyes*, podremos afirmar que el contraste entre "creación" y "aplicación" del Derecho, que suele expresarse en la oposición entre legislación y ejecución, entre *legis latio* y *legis executio*, no es en modo alguno rígido y absoluto, sino solamente muy relativo; porque viene a significar meramente la relación entre dos grados sucesivos del proceso productor del Derecho. Ahora bien, si la doctrina tradicional no menciona más de tres poderes, se refiere con ello simplemente a los puntos o momentos de mayor importancia política o especialmente caracterizados en la configuración dinámica del Derecho positivo. En todo caso no se trata de funciones, colocadas en el mismo plano, exentas de relación y esencialmente diferenciadas entre sí, sino de una serie de grados de la producción del Derecho que determinan una relación de subordinación (144).

(144) *Allg. Staatslehre*, VII, ps. 229 y ss., *Compendio*, ps. 100 y siguientes; cfs. *Drei Gewalten*, ps. 381 y ss.

Esta serie escalonada desemboca en la *norma fundamental* sobre la que se basa la unidad del orden jurídico en su propio dinamismo. En cuanto que esta norma establece un órgano primario creador del Derecho, representa la *Constitución en sentido lógico-jurídico*. Y en tanto el legislador así determinado establece normas que regulan la legislación es decir, la creación de *normas generales*, aparece — en calidad de grado inmediato — la *Constitución en sentido jurídico-positivo*, la Constitución establecida, o *positiva* a diferencia de la primera que es la Constitución *supuesta* como norma fundamental. Por el término "Constitución", en el sentido material más amplio de la palabra, hay que entender una norma o conjunto de normas que regulan la creación de otras. En sentido estricto, solamente se emplea este término para designar los preceptos que regulan la creación de las normas jurídicas de grado superior y, en particular la creación de las normas generales llamadas "leyes". — La Constitución en este sentido es, por decirlo así, tan sólo el primer jalón positivo para la creación del Derecho; un marco que recibirá por medio de las leyes, creadas conforme a la Constitución, un contenido material concreto. Es, pues, exacto distinguir al lado de la legislación "ordinaria" la legislación "constitucional" como función especial. De la distinción entre leyes constitucionales y ordinarias se deriva el concepto de "forma de la Constitución", llamada también menos exactamente "Constitución en sentido formal". Mediante esta forma constitucional pueden ser reguladas otras materias jurídicas, diversas de las que corresponden estrictamente a la Constitución en el sentido material y estricto de la palabra (así, mediante esta forma constitucional se halla regulada no sólo la competencia de los órganos legislativos, sino también la de los órganos supremos ejecutivos).

La legislación ordinaria aparece como el grado inmediatamente inferior al de la Constitución en sentido estricto y material (es decir, norma que regula la creación de las normas generales o leyes). En sentido específico, "legislación" significa establecimiento de normas jurídicas generales, cualquiera que sea el órgano que la realice: democrático o autocrático, parlamento o la combinación de este último con un monarca, o solamente

este último. Hoy, empero, el concepto de legislación parece más evidente si la producción de las normas generales se halla claramente separada del establecimiento de las normas individualizadas — ejecución. — Y así, de la forma democrático-parlamentaria propia de los regímenes jurídicos actuales, resulta la diferenciación de *leyes formales* — cuyo contenido puede ser algo distinto de una norma general, pero cuya esencia radica en ser un acuerdo del Parlamento sancionado en su caso por el Jefe del Estado y *leyes materiales* que son sólo la norma general, es decir — como ya antes se indicó, — la *proposición jurídica* (145).

§ 44. LA EJECUCIÓN — Bajo este concepto lato de "ejecución de la ley" van comprendidos, como ya antes se ha indicado, las dos funciones que en la teoría tradicional van separadas: *jurisdicción y administración;* pues su función, por relación al grado superior, es *realización* — concretización — de la voluntad del Estado expresada de modo general y abstracto en la ley

Ante todo, la *sentencia judicial* es un medio de individualización de la norma. Es preciso comprobar con certeza, si se da concretamente el hecho previsto en abstracto por la norma general; y si es así, tiene que ser dictado, es decir, primero ordenado y luego realizado en concreto el acto coactivo que se halla también prescrito de un modo abstracto en la norma general. La función llamada, pues, de jurisdicción, es absolutamente, *constitutiva;* es producción de Derecho en el propio sentido de la palabra. Pues el que se dé una situación de hecho concreta, a la cual se ha de ligar una consecuencia jurídica específica y la vinculación de la misma en concreto se realiza sólo en virtud de la sentencia judicial. Así como los dos elementos (hecho y consecuencia jurídica) deben ser ligados por la ley en la esfera de lo general, así también en el dominio de lo individual tienen que serlo por la sentencia judicial. Por esto la sentencia es una *norma jurídica individual;* es la individualización o concreción de la norma general o abstracta; es, en suma, la continuación del proceso

(145) *Allg. Staatslehre*, p. 235; *Compendio*, p. 103.

creador del Derecho que va de lo general a lo individual (146).

Y lo mismo hay que decir de la llamada administración, cuyos fines específicos no son perseguidos de modo distinto a como tiene lugar en la jurisdicción; porque la situación social apetecida debe ser alcanzada de tal modo que, a la conducta social que la contradiga, el orden jurídico vincule un determinado acto coactivo, a saber: la pena o la ejecución administrativas.

No hay, pues, diferencia formal, y sólo motivos históricos, jurídicamente irrelevantes, explican que unas materias se rijan por leyes civiles o penales y otras sean reguladas por leyes administrativas y sean distintos los tribunales que las aplican. Las corrientes modernas tienden a superar estas diferencias, pero no hay que desconocer el hecho de que, durante largo tiempo, los juristas han imposibilitado la *construcción jurídica de la administración*. Se ha sostenido que la administración consiste en "realizar los fines" del Estado, lo cual equivalía a tanto como considerar al Estado como una psique, pues "ponerse fines" tiene por condición necesaria la existencia de cualidades psíquicas y, así, habría que admitir junto a la "voluntad" del Estado, "sentimientos" y "representaciones" del Estado. No se trata de negar que el Estado tenga un fin, sino de afirmar que el Estado es *objeto* — medio — y no *sujeto* de fines.

Si la administración consistiera en realizar los fines del Estado, no podría decirse: *el Estado administra*, sino: *el Estado es administrado*. El fin no puede ser imputado a la persona del Estado. No nos preguntemos, pues, qué fines persigue el Estado, sino sólo esto: *en qué relación están los actos considerados como "administración" con el orden jurídico* (147).

(146) *Allg. Staatslehre*, ps. 233-234; *Compendio*, p. 104; *Drei Gewalten*, p. 382.

(147) *Hauptprobleme*, p. 395: "Um zum Rechtsbegriffe der Verwaltung vor zudringen, darf man nicht die Frage aufwerfen: welches sind die Zwecke des Staates, was für Aufgabe verfolgt er, sondern man muss fragen: In welcher Relation stehen die als *Verwaltung* bezeichneten Akte zur Rechtsordnung?" Cfs. *Allg. Staatslehre*, ps. 236 y ss.; *Drei Gewalten*, p. 386; *Compendio*, ps. 106-107; en contra, Tezner, *Arch. öff. Rechts*, 1912, p. 337.

Los inconvenientes no desaparecen por considerar la actividad referida al cumplimiento de los fines del Estado "dentro de los límites de la ley", es decir, "sin infracción de la ley", pues ese momento de "dentro de los límites" es puramente material y, por tanto, jurídicamente incalificable. Y justamente lo que se busca en la formación de los conceptos jurídicos es el "límite" y no el "dentro", porque el Derecho es la "protección" y no lo "protegido", es el límite y no lo limitado. Por eso es imposible que el Estado cometa acciones indiferentes *dentro* de los límites del orden jurídico: pues precisamente su voluntad es ese límite. El orden jurídico es una suma de juicios hipotéticos sobre la voluntad del Estado y las acciones del Estado no pueden ser sino "realización del límite", es decir, de la proposición jurídica — individualizándola.

No por eso la administración es sólo ejecución de la ley; sin duda es algo más, pero jurídicamente no tiene sentido hablar de una administración *contra legem* ni siquiera *extra legem*. Jurídicamente, y por relación a la ley, la administración no puede ser sino ejecución.

Empero, cabe hablar de "facultades discrecionales" *(freie Ermessen)* de la administración. Pues es indudable que cuando la proposición jurídica establece los supuestos de una acción del Estado, esta acción no está enteramente predeterminada y ha de haber algo "discrecional" en su realización. Sin embargo, sería erróneo ver ahí algo más que ejecución de la ley. La relación entre el orden jurídico como suma de proposiciones jurídicas y la actividad estatal considerada como ejecutiva es la relación entre el concepto abstracto y la representación concreta. La voluntad del Estado en la norma general es siempre más o menos abstracta, las "acciones" del Estado, por el contrario son absolutamente concretas. Las facultades discrecionales del órgano del Estado no son otra cosa que la necesaria diferencia entre el grado superior y el grado inferior del orden jurídico (148).

De este modo, la identidad formal de administración y ju-

(148) *Hauptprobleme*, ps. 506-507; *Drei Gewalten*, ps. 392-394; *Allg. Staatslehre*, ps. 242-244.

risdicción queda salvaguardada. Por relación a la ley, administrar es "realización del deber jurídico del Estado" contenido en aquélla. *Administrar es, pues, tanto castigar y ejecutar como construir líneas férreas o proteger pobres,* en tanto que tales actividades son contenido de la voluntad del Estado. Pero la administración — como equivalente de ejecución — "realizando" voluntad del Estado, "crea" aún voluntad del Estado; es decir, crea *normas individuales.* Si entre una y otra voluntad hay alguna diferencia, es ésta: que en la ley el Estado quiere "condicionalmente": — *Si alguien roba, debe ser castigado,* — y en la ejecución o administración quiere "incondicionadamente"; *tal ladrón debe ser castigado.*

§ 45. El negocio jurídico. — Ni la sentencia judicial ni el acto administrativo son los únicos medios por los que pasa el Derecho del estado abstracto (general) al concreto (individual). Cuando los Tribunales aplican normas de Derecho civil, vemos que entre la ley y la sentencia se da el *negocio jurídico,* que individualiza el primer elemento (o sea, el supuesto o hecho condicionante) de la regla general. Delegadas por la ley, las partes establecen normas concretas sobre su conducta recíproca; normas que estatuyen un cierto comportamiento mutuo en cuya violación estriba el hecho a comprobar por la sentencia judicial, al cual está vinculado, en su caso, la ejecución como consecuencia de la ilegalidad.

§ 46. La teoría de la separación de poderes. — La teoría de la "separación de los poderes" implica un postulado político según el cual las tres funciones fundamentales del Estado, legislación, jurisdicción y administración, deben ser adjudicadas a tres órganos o grupos de órganos independientes y técnicamente aislados unos frente a otros. A pesar de que ese postulado es admitido en principio por la mayor parte de las Constituciones modernas, nunca ha podido ser totalmente realizado. En la Monarquía Constitucional, para cuya elaboración fué utilizado en gran medida este principio, se encuentran importantes excepciones del mismo, como, por ejemplo, el que el Monarca sea a la

vez órgano legislativo y ejecutivo; el que los órganos supremos de la administración — los ministros — son responsables ante el órgano legislativo, etc. En los Estados democráticos existe la tendencia a concentrar todas las funciones del Estado en el pueblo o en la representación del mismo, mientras que en los autocráticos, tal concentración se da en la persona del Monarca. El dogma de la separación de los Poderes no se puede deducir ni partiendo de la idea autocrática, ni fundándose en la democrática. Sólo es explicable por la situación histórica-política en la cual apareció, en vísperas de la gran revolución democrática, en una época en que el pueblo comenzaba a atacar el poder del Monarca, y los súbditos reclamaban una participación cada vez más intensa en la legislación. Pero entonces, el dogma lo aceptaron los políticos conservadores y lo convirtieron en arma defensiva del poder real: pues la creación de las normas generales correspondía al pueblo, pero su ejecución, la "sanción" era prerrogativa del Monarca; y así éste era como el contrapeso de los demás poderes.

NOTA ACERCA DE LA REGULARIDAD DEL PROCESO DE CREACIÓN JURÍDICA. — Según se ha visto, cada grado del orden jurídico constituye al mismo tiempo creación de Derecho frente al grado inferior y reproducción de Derecho frente al grado superior. Por tanto, a cada grado cabe aplicar la idea de *regularidad,* en tanto que cada uno es aplicación o reproducción de Derecho. Pues la regularidad no es otra cosa que *la relación de correspondencia de un grado inferior con un grado superior del orden jurídico*. La regularidad y las garantías técnicas que pueden asegurarlo no deben postularse únicamente en la relación de los actos de ejecución material con las normas individuales — decisión administrativa y sentencia — o en la de los actos de ejecución con las normas generales legales o reglamentarias, sino también en las relaciones del reglamento con la ley y de la ley con la constitución. Por tanto, se conciben garantías de la legalidad de los reglamentos y de la constitucionalidad de las leyes, del mismo modo que se admiten garantías de la regularidad de los actos jurídicos individuales

En este sentido cabe hablar, pues, de *garantías de la constitución*, puesto que desde la norma fundamental hasta el último acto de ejecución material, el Derecho no cesa de concretarse en normas cada vez más individuales. Por eso, la más eficaz garantía de la constitución radica en la *constitucionalidad de las leyes*. La constitución es la norma que regula la elaboración de las leyes, de las normas generales en cuya ejecución se ejerce la actividad de los órganos estatales — tribunales o autoridades administrativas. — La anticonstitucionalidad de una ley consiste, pues, en un "defecto de forma", pues aun en los casos de "inconstitucionalidad material" (una norma de *contenido* anticonstitucional) late, en el fondo, un problema de forma, puesto que ese contenido pudo haber sido votado como "ley constitucional".

Un problema ulterior es el que plantea la regularidad de los tratados internacionales. Desde el punto de vista del Derecho interno y de la primacía de la constitución, los tratados ocupan un lugar paralelo al de las leyes. Pero si se acepta el primado del Derecho internacional, el tratado adquiere, frente a la ley y la constitución, una preeminencia que le concede virtud derogatoria de los grados inferiores, incluso de la misma constitución; si una ley, aun cuando sea constitucional, contradice un tratado, es irregular por ser contraria al Derecho internacional. Pero hay que observar que el Derecho internacional, que es un Derecho imperfecto, no pronuncia por sí mismo la nulidad de los actos estatales que le son contrarios, y no ha elaborado todavía un procedimiento por el cual pudiesen ser anulados estos actos irregulares por un Tribunal internacional (148 bis).

C) **Los órganos del Estado**

§ 47. El concepto jurídico-formal y jurídico-material de órgano del Estado. — La cuestión más dificultosa es la de una determinación satisfactoria del concepto de órgano del Estado, alrededor del cual giran las dos opuestas concepciones que se disputan el favor de los juristas: la teoría *orgánica* y la teoría

(148 bis) Cfs. Kelsen, *La garantie juridictionnelle de la constitution*.

inorgánica. Gierke, caracterizado representante de la primera, refiere el concepto de órgano al de un miembro de la comunidad que desempeña una determinada función de la vida social (149).

Se comprende que quien no admite diferencia entre Estado y sociedad, no ha de tener inconveniente en considerar el órgano del Estado como un órgano social. Pero el concepto bio-sociológico del órgano es extraordinariamente amplio y lleva a la consecuencia inadmisible de que todo el que ejerce una función que de cerca o de lejos afecta a la colectividad, es un órgano del Estado.

Jellinek — que con Bernatzik, Haenel y Anschütz — propagó las soluciones de la escuela inorgánica, definió *aparentemente* el órgano del Estado: un individuo cuya voluntad vale como voluntad de la colectividad (150). El órgano "produce" la voluntad del Estado. De ser esto aceptable, habrá de serlo también, si se quiere evitar contradicciones, que sólo el Parlamento y el monarca son órganos del Estado, según proclamó ya Gerber. Pero esta conclusión no la admiten los mismos partidarios de la teoría inorgánica que, de este modo, se encuentran en un callejón sin salida: pues o la voluntad del Estado la produce el Parlamento y el Poder ejecutivo no puede producirla una vez más, o la produce el ejecutivo y, entonces, no ha podido producirla el Parlamento. (Aquí habla Kelsen de "producción" en sentido "material", extrajurídico.) Decir que el órgano "produce" voluntad del Estado es ver la voluntad en el hecho real, psíquico, acaecido en *el alma* del órgano. Y esto es lo contrario del proceso que nosotros hemos establecido como *imputación al Estado.* Esta imputación no va del Estado al órgano, sino, por decirlo así, "a través" del órgano a un punto inmaterial, pensado fuera de toda personalidad humana.

(149) *Hauptprobleme,* ps. 453: "... Rechtsbegriff eines Organes als des zu einer bestimmten Lebensfunktion des Gemeinlebens verfassungsmässig berufenen Gliedes einer Gesamtpersönlichkeit."

(150) *Hauptprobleme,* p. 452: "Ein Individuum, dessen Willen als Verbandswille gilt, ist, insoweit diese Beziehungen auf den Verband reichen, als Willenswerkzeug des Verbandes, als Verbandsorgan zu betrachten."

Ahora bien: al Estado sólo es posible imputarle su propia voluntad y esta voluntad está expresada en la proposición jurídica, es decir, en la norma general y en las normas individuales que le dan sentido, rellenándola de contenido concreto. Este proceso "productor" ("¡producción" no como acto "psíquico" de voluntad, sino como acto jurídico!) está regulado por el mismo orden jurídico en tanto que la norma de grado superior, señala las condiciones bajo las cuales ha de ser establecida la norma de grado inferior.

"Órgano" del Estado es, por lo tanto, quien crea o ejecuta de alguna manera el orden estatal. Conforme a lo anteriormente dicho, todo acto de creación jurídico-positivo de una norma es, a la vez, un acto ejecutivo de la misma; solamente el *acto lógico-primario de suposición de la norma fundamental,* por ser pura creación no es aún ejecución; y solamente el último acto de ejecución, o sea, la *realización del acto coactivo* no es ya creación.

En sentido latísimo, pues, toda realización de un acto o elemento jurídicamente regulado, es función orgánica: y el concepto de órgano no denota más que la *imputación de una circunstancia o hecho a la unidad del orden jurídico* que las regula a todas (151); es decir, órgano del Estado es la persona o conjunto de personas cuyas acciones valen como acciones del Estado (152) Es, pues, la construcción de la proposición jurídica como juicio hipotético, lo que permite una formulación clara del concepto de órgano del Estado y, al mismo tiempo, una diferenciación con el concepto de *súbdito*. Pues si la norma fuera un imperativo, los súbditos y los órganos realizarían una misma función: *cumplirla*.

Pero si la norma es un juicio hipotético, los súbditos no "cumplen" nada puesto que nada se les "manda"; en cambio, *realizan las condiciones* a que se enlaza la voluntad del Estado de castigar o ejecutar. *Realizar esta voluntad* es la función del órgano.

(151) *Allg. Staatslehre,* cap. VIII; ps. 262 y ss.; *Drei Gewalten,* página 389; *Compendio,* ps. 110 y ss.

(152) *Hauptprobleme,* p. 464: "Staatsorgane jene Personen oder Personenmehrheiten sind, deren Handlungen als solche des Staates zu gelten haben."

Pero con esto hemos llegado a destacar, dentro de la amplia idea de función·orgánica un concepto más estricto de la misma, calificado materialmente en cuanto a su contenido jurídico. En este sentido se puede definir la función como *establecimiento del acto coactivo y su preparación procesal;* es el acto del Estado que representa la reacción del Derecho. A medida que crece la división del trabajo, la realización de estos actos es reservada a individuos cualificados y determinados por el orden jurídico, los cuales constituyen el aparato del Estado en el sentido estricto de la palabra. A estos individuos así cualificados se les puede vincular también otras funciones, por ejemplo, la Administración llamada directa o inmediata. El total de los hechos así cualificados — establecidos por los órganos del Estado en esta última acepción — constituye el concepto del *Estado en sentido jurídico material* (153).

En este sentido, el órgano del Estado tiene una "personalidad" bien definida, puesto que tiene derechos y deberes propios, autónomos, establecidos por normas que son proposiciones jurídicas "en sentido amplio" (154).

Pero aquí hay que distinguir entre aquella proposición jurídica que expresa pura y simplemente el deber de realizar una voluntad del Estado y aquella otra que expresa que tal órgano determinado debe realizar una determinada voluntad: es la "proposición jurídica disciplinaria". Frente a la primera, el órgano no aparece como "personalidad", es decir, como sujeto de deber, pues obrando él obra el Estado. Es el Estado el punto final de imputación de esas acciones y es, por tanto, quien posee la "personalidad". Pues personalidad es "punto final" *(Endpunkt)* y el órgano es aquí "punto de tránsito" *(Durchgangspunk).*

El órgano es persona *frente a la proposición jurídica disciplinaria* porque obligándole a realizar una voluntad del Estado, el ór-

(153) *Allg. Staatslehre,* n. 39, págs. 270 y ss.; *Compendio,* ps. 111-113; cfs. *Hauptprobleme,* Caps. XVII y XX en los que se desenvuelve únicamente la teoría del "órgano en sentido material". Por lo demás, la distinción con el concepto "formal" no aparece todavía mencionada.

(154) *Allg. Staatslehre,* ps. 273 y ss.; ps. 285 y ss.; *Compendio,* páginas 113 y ss.; cfs. *Hauptprobleme,* p. 561.

gano puede ser un "posible infractor" y, por tanto, "punto de imputación" de la acción contraria a la norma (155).

Es difícil establecer una línea divisoria entre ambos conceptos de órgano del Estado, que son como el soporte de los correspondientes conceptos del Estado.

La relación del concepto amplio, formal, jurídico-esencial del Estado — el cual es el único decisivo para la mayor parte de los problemas de la teoría general — con el concepto estricto, jurídico-material del mismo, se parece a lo que sucede en una célula orgánica, cuyo plasma se solidifica poco a poco hacia el centro, formando un núcleo que, sin embargo, no puede ser claramente delimitado de la masa celular restante (156).

* * *

NOTA. — La función orgánica es, ante todo, y como se desprende de lo dicho, *creación* del orden estatal. La *forma* cómo el orden jurídico regula esta creación es lo que constituye la *forma del Estado,* que ya antes se ha estudiado.

(155) *Hauptprobleme,* pág. 529.
(156) *Compendio,* pág. 113.

CAPÍTULO V

LA TEORÍA JURÍDICA DE KELSEN COMPARADA CON OTRAS TEORÍAS AFINES

§ 48. ANTECEDENTES DEL PENSAMIENTO KELSENIANO. — Por muy nuevas que quieran considerarse las doctrinas de la escuela vienesa y, en particular, las de su maestro, KELSEN, no podrá pensarse que carezcan de ciertos "supuestos" en el medio en que nacieron, que constituyan la misma razón de su existencia. Si, según HEGEL, dos que luchan están, sin embargo, juntos, una teoría que nace con la pretensión de oponerse a todas las que le han precedido deberá, sin duda, adoptar algo de éstas, porque cuanto mayor sea la fuerza del ataque más grande es la posibilidad de ciertas "adherencias" de las que será difícil desprenderse. Las tesis más atrevidas no son siempre "nuevas". La Historia prueba que, con frecuencia, lo más nuevo no causa sensación de "novedad" cuando es dado a luz y que es preciso el transcurso del tiempo para que otro lo recoja y lo sistematice y goce del favor de la popularidad científica: y entonces, viejas proposiciones aparecen como "nuevas" — por vez primera. — Entonces será una labor honrada acudir al "precedente" y mostrarlo en su carácter de tal, sin que esto prejuzgue la existencia de un "influjo" real, no siempre demostrable.

La idea del "normativismo" kelseniano tiene antecedentes remotos en Platón y especialmente en Aristóteles. Sabido es que para éste el Estado es idéntico con la constitución y constitución significa para Aristóteles, organización de las autoridades. En él no hay huella de una subjetivación o hipóstasis de este orden en una "personalidad" del Estado aunque, a veces, y metafóricamente, llame a la constitución la "vida" del Estado. Un problema semejante al que siglos más tarde había de preocupar a la

escuela vienesa se plantea ya Aristóteles preguntándose: ¿Cuándo un Estado es aún el mismo y cuando no es ya el mismo? La más superficial investigación de este problema, dice, sería aquella que se atuviera a los elementos territorio y pueblo. Pues si el Estado es comunidad, comunidad constitucional de ciudadanos, es natural que cambie el Estado si cambia la constitución, aunque perduren los hombres, lo mismo que un coro no es el mismo coro si ahora se presenta como trágico y luego como cómico, aunque lo formen los mismos hombres (157). Para KELSEN y, sobre todo, para SANDER, el cambio de generaciones no toca a la identidad del Estado: el pueblo es elemento variable, contenido del orden jurídico.

Aristóteles no conoce la noción "formal" de la soberanía, es decir, la única noción de la soberanía que admite KELSEN, la cualidad de ser "más alto", de no "derivar de ningún otro orden"; más bien tiene un concepto puramente material, como una esfera de competencia: pero esto no es una "oposición" de pensamientos, pues ya sabemos que si bien es el "formal" el único concepto que KELSEN admite de la soberanía, ésta no puede ser sino una propiedad lógica o del orden jurídico nacional — "mi" Estado, — pero no de los otros órdenes, o del Derecho Internacional y no de ningún Estado.

Y Aristóteles coincide con Platón — y, con ellos, KELSEN — en considerar válida la ley por su posición respecto de las autoridades u orden jurídico — y la sanción como algo extrapsicológico, como lo prueba Platón rechazando el carácter de ley de las reglas sobre la educación de los hijos, porque les falta la sanción penal (158).

Demos ahora un salto de siglos y busquemos precedentes más próximos. En el último tercio del siglo pasado florece en Alemania una "teoría normativa" que KELSEN discute y en la discusión se muestran las semejanzas y las diferencias.

BINDING (159) es el elaborador de esta teoría que nace con

(157) Cfs. Pitamic, en *Z. öff. Recht*, 1921.
(158) Cit. por Pitamic, loc. cit., pág. 697.
(159) Binding, *Die Normen und ihre Uebertretung*, 2.ª edición, 1890.

marcado carácter penalista. La médula de su doctrina está en la distinción de "ley penal" y "norma". La proposición jurídica penal tiene la forma de un juicio hipotético sobre la voluntad del Estado, enlazada a ciertos supuestos, de castigar. Junto a esta ley penal hay un imperativo, un "vosotros debéis": es la "norma". La proposición que el súbdito viola o infringe cuando obra ilegalmente, no puede ser la misma que la que establece el castigo, es decir, la que establece las condiciones de las que dependerá el castigo. "Cumplir" estas condiciones no puede, naturalmente, ser una "infracción" de la proposición que las establece. Lo infringido es la "norma", el "imperativo", que tiene existencia autónoma junto al "Derecho puesto" (positivo); la norma puede incluso ser Derecho "no puesto" *(Ungesetztes Recht)*. Este Derecho es el "estado de paz". La ilegalidad es, pues, ruptura de la paz. Ahora, dice KELSEN, el Derecho objetivo tiene una doble significación: o es el "estado de orden", la "conducta jurídica" de los súbditos, el "estado de paz", o son los "medios" que deben producir, determinar este estado. Para un punto de vista explicativo — sociológico o psicológico — el Derecho se presenta en el primer sentido y las disciplinas explicativas considerarán al Derecho desde el punto de vista del "fin": pero la disciplina normativa prescindirá de tal momento y considerará el Derecho en la segunda acepción. La iniuria es infracción del "estado de paz", pero no del "orden jurídico" como "medio", único sentido en que puede concebirlo la Jurisprudencia. BINDING desconoce esta distinción y, en cambio, dentro de las proposiciones jurídicas se obstina en distinguir las que no pueden ser infringidas de las que pueden serlo.

La ley penal castiga la infracción de una norma *(Normuebertretung)*. La norma se distingue de la ley penal por su fin "preventivo": tiende a provocar una conducta jurídica en los súbditos y establecer, frente a éstos, un derecho de obediencia en el Estado; pero el fin de la ley penal es represivo, es el castigo. Por lo mismo, la ley penal no establece deber jurídico alguno: pues el criminal que acepta ser castigado no cumple ningún deber. A esto objeta KELSEN que si el Derecho positivo "no sabe nada" de ese y otros "deberes" es porque sólo la conducta amenazada

con castigo es "delito": pero, por lo mismo, es deber la "conducta contraria". BINDING da más razones en abono de su diferenciación entre norma y ley penal. Generalmente, la norma prohibe más que la ley penal. (¿No podría considerarse ese "más" como jurídicamente "no prohibido"?, objeta KELSEN.) Otras veces, norma y ley penal parten de sujetos distintos: así, una ley castiga "lo que determine" otra autoridad. La norma puede proceder, por ejemplo, de la legislación y el castigo de la administración. En otros casos, es posible que la norma deje de ser ley y que, sin embargo, quede en vigor la ley penal, o, al revés, que la norma perdure a través de diversas leyes penales (160).

La teoría normativa de BINDING quiere aplicarla THON al Derecho Civil. El Derecho es un conjunto de imperativos; la proposición jurídica es siempre un mandato dirigido a los súbditos o a los órganos del Estado. Estos imperativos no están desunidos, disgregados unos de otros, sino que "el no cumplimiento de uno constituye frecuentemente el supuesto de lo mandado por el otro" (161). El imperativo dirigido al órgano del Estado está unido al supuesto de que se ha infringido un imperativo que exigía de los súbditos una conducta jurídica, de que se ha cometido, de hecho, una ilegalidad. Pero la llamada "consecuencia jurídica" *(Rechtsfolge)* no es ni el "castigo" ni la "ejecución", sino una proposición jurídica. El castigo es un hecho real que puede aplicarse a un inocente y al que puede escapar el culpable. KELSEN coincide con que el castigo y la ejecución no son la consecuencia enlazada necesariamente con la ilegalidad: lo que con ésta va enlazado es aquello para lo que la ilegalidad es un supuesto, es decir, la *voluntad* del Estado de castigar o ejecutar. Para THON la "consecuencia" es una proposición jurídica: "si alguien asesina, tú, órgano judicial, le castigarás con la última pena". Esto, sin embargo, es impensable, según KELSEN, pues la relación entre hecho y consecuencia tiene ya lugar dentro de la proposición jurídica y es establecida por ella.

(160) Véase la discusión de la teoría normativa de Binding en los *Hauptprobleme,* cap. X.

(161) Thon, *Rechtsnorm und subjektives Recht,* 1878.

El verdadero punto de contacto entre THON y KELSEN tiene lugar en la doctrina del derecho subjetivo. Ya el título del libro de THON "Norma jurídica y derecho subjetivo" habla de la íntima conexión en que el autor los considera. El derecho subjetivo deriva del objetivo. El problema que THON se plantea es el de cuándo una norma, una parte del Derecho objetivo puede valer como "mi" derecho, como derecho subjetivo. En todas partes donde atribuímos a una persona un cierto derecho, encontramos, ante todo, un bien o un interés del mismo, que el orden jurídico toma bajo su protección. En tanto que es protegido por la existencia de un imperativo del Estado, o por la amenaza de la consecuencia jurídica para el caso de infracción, o por la misma ejecución de la consecuencia, el papel del interesado es puramente pasivo. La voluntad del Estado no es, entonces, "su" derecho. Éste existe tan sólo "cuando el mismo interesado es llamado a participar en la realización de la protección" (162). No hay que distinguir en el Derecho la "protección" de lo "protegido", pues sólo la protección es el Derecho; lo demás no pertenece a él. El Derecho no es fin sino medio; no es el interés protegido jurídicamente, sino el "medio de protección" de un interés.

Esta concepción del derecho subjetivo se asemeja extraordinariamente a otra que, por lo mismo, cabe citar también como precedente de la de KELSEN: hablamos de IHERING. Sabido es que la más conocida definición que éste da del derecho subjetivo es la del "interés jurídicamente protegido", pero esta no es la única fórmula, porque da también esta otra, radicalmente diversa: "la autoprotección del interés" *(Selbstschutz des Interesses)*. Es preciso que al mismo interesado le sea confiada la protección de su interés para que éste constituya un verdadero derecho. Con esto, se pone implícitamente, el elemento característico e integrante del derecho en la posibilidad de "tomar la iniciativa" para la protección de su interés, es decir, en una afirmación de voluntad que se manifiesta en el ejercicio de la *acción* en juicio. El derecho subjetivo es, pues, ahora, no el "contenido" sino el "continente", no algo extrajurídico sino el mismo Derecho objetivo que concede

(162) Ob. cit., p. 218. Cfs. *Hauptprobleme*, caps. X y XXII.

la facultad de actuar judicialmente para proteger un interés. Claro es que esto no está tan claro en IHERING para quien esta concepción es, más bien, una concesión a la "teoría de la voluntad" (al menos según la interpretación de DEL VECCHIO (163); para KELSEN la declaración de voluntad es la "condición" para que a alguien se aplique el Derecho objetivo.

El civilista ZITELMANN (164) consideró también la proposición jurídica como juicio hipotético. El Derecho objetivo es un complejo de normas. Originariamente estas normas son imperativos. Pero en su grado superior, en su forma más desenvuelta, son juicios hipotéticos que enlazan una consecuencia a ciertos supuestos. Toda proposición jurídica representa un enlace "causal" entre ciertos hechos y un "deber ser", en el sentido de un "estar obligado" de cierta *persona*: "Si..., tú debes". El imperativo es algo puramente individual y, por eso, no pertenece a la Lógica; la proposición jurídica no puede ser imperativo porque aspira a una validez general. "No mates" es un imperativo; "no debes matar" es el juicio: "tú" es el sujeto, "debes" la cópula y el predicado. La forma del juicio no tiene nada que ver con la voluntad que lo dicta; se puede decir a uno: "no debes", pero sería una interpretación errónea formular este juicio de esta otra forma: "yo quiero que tú no...": pues esto es ya el imperativo y quizá yo quiero lo contrario de lo que señalo como deber. Por eso la forma de la norma es la de un "tú estás obligado" y no la del imperativo. Lo particular es, empero, que la síntesis de conceptos que es el juicio, vale sólo porque el legislador la quiere: pues él tiene el poder de atribuir al sujeto (tú) un predicado (estás obligado) que antes no tenía. En la norma se verifica, además, por el legislador el enlace con la realidad: esta relación entre hecho y consecuencia es la "causalidad jurídica", que representa un peculiar carácter de necesidad; es indudable que el enlace que el legislador verifica entre el hecho externo y la variación en la relación jurídica subjetiva, no es ni una necesidad lógica ni causal, sino una necesidad específica, creada por el hombre, "jurídica".

(163) Del Vecchio, *Concepto del Derecho*, p. 142.
(164) Zitelmann, *Rechtsirrtum und Rechtsgeschäft.*

KELSEN observa que, en el fondo, la formulación de la proposición jurídica como juicio hipotético, en ZITELMANN, se diferencia poco de la teoría imperativa: "gramaticalmente" es cierto que el "tú estás obligado" es "juicio" y no "imperativo". Pero ZITELMANN no ha acertado a llevar a sus últimas consecuencias sus premisas, y en realidad, el "tú debes" tiene aún algo de imperativo.

En forma menos clara desarrolló el actual profesor de Viena ALEXANDER HOLD V. FERNEK una teoría del Derecho como complejo de juicios hipotéticos, sin dejar al mismo tiempo de ser imperativos en el sentido más estricto y material imaginable, es decir, como "mandatos", "órdenes" y "prohibiciones" del legislador. Cómo pueda ser las dos cosas a un tiempo es un misterio, según el irónico comentario de KELSEN. Todo Derecho es un "Derecho de situación" *(Situations Recht)*. La norma "no debes matar" existe sólo en ciertas circunstancias, dados ciertos hechos, es decir, en cierta situación: desaparecida ésta, deja de valer la norma. Además, todo Derecho es protección de intereses, pero un interés necesita de protección sólo si está en peligro de ser violado; es, pues, un "Derecho en caso de colisión" *(Kollisions Recht)*. (De ahí procede la doctrina calificada por KELSEN de "grotesca" de la "fugitividad" *(Blitzartigkeit)* del Derecho objetivo).

En el enlace de una proposición con otra, la proposición precedente contendría, como hipótesis, el caso de colisión y la posterior el mandato de una cierta conducta jurídica, en esta forma: "aunque tu interés exige, en cierto caso, matar a un hombre, no le mates, sin embargo" (165).

La teoría de la producción escalonada del Derecho desarrollada por MERKL, se la encuentra ya en BIERLING (166) y, posteriormente, en THOMA (167).

En otros aspectos pueden considerarse como antecedentes de

(165) Hold-Fernek, *Die Rechtswidrigkeit*, 1903.
(166) Bierling, *Zur Kritik der juristischen Grundbegriffe*.
(167) Thoma, en *Festgabe für Otto Mayer;* cfs. también Bülow, *Gesetz und Richter*, 1913; Heller, *Souveränität*, ps. 99 y 100, nota.

KELSEN a AFFOLTER (168) y KORMANN (169) que combatieron el dogma de la soberanía y el primero, además, identificó la voluntad del Estado con el Derecho positivo.

Pero los verdaderos precedentes están en LABAND y JELLINEK. Hoy es corriente considerar a KELSEN como el "ejecutor testamentario" de la tendencia inaugurada por estos dos autores: la emancipación del método jurídico.

Particularmente de JELLINEK ha tomado KELSEN muchas de sus concepciones fundamentales. Ante todo su "relativismo" filosófico-jurídico, sobre el cual habrá ocasión de insistir. La concepción de la ciencia jurídica como ciencia normativa es también de JELLINEK. El Derecho, dice éste, no queda dentro del mundo del ser, sino del mundo de lo que debe ser. Constituye una pluralidad de conceptos y proposiciones, que no sirven para conocer lo dado, sino para juzgar de la realidad. Así, pues, mediante las normas jurídicas no se conoce ningún ser real; pero el problema de la Jurisprudencia no consiste en precisar lo "en sí" del Estado, sino más bien en ordenar lo dado para determinados fines desde puntos de vista seguros y juzgar de ellos conforme a las normas abstractas de Derecho. La Ciencia del Derecho, por tanto, es una ciencia normativa, de igual modo que la Lógica, que no nos dice cómo son las cosas, sino cómo se las debe pensar para no caer en contradicción. Si la realidad es el supuesto del Derecho y la base sobre la cual ha de apoyarse, no por eso deja de ser el Derecho de naturaleza puramente ideal, porque la proposición jurídica, como tal, tiene una existencia conceptual. Los juicios deducidos de proposiciones jurídicas suministran, por consiguiente, un conocimiento no de una substancia, sino de una relación, a saber: nos enseñan a conocer la relación de los hechos con la norma. Por esto, lo justo y lo injusto no son predicados que vayan adheridos a las cosas, no son propiedades, sino relaciones (170).

La ciencia del Derecho es, pues, una ciencia, no de leyes del

(168) Affolter, *Allgemeines Staatsrecht*, 1911; cf. *Arch. öff. Rechts*, Bde. XVII y XX.

(169) Kormann, en los *Annalen d. Deutschen Reiches*, 1911.

(170) Jellinek, *Teoría del Estado*, ps. 169-170.

ser, sino de normas. De aquí una distinción fundamental para las cuestiones metodológicas entre doctrina sociológica del Estado y doctrina jurídica del mismo. El contenido de la primera lo constituye el examen de los hechos, de lo histórico o, según suele decirse no con mucha propiedad, del examen del ser naturalista del Estado; la doctrina jurídica, en cambio, tiene como materia propia aquellas normas del deber ser, normas jurídicas que llegan a adquirir expresión en el ser real. Estas normas no son reales por sí mismas, sino que van realizándose mediante la acción continua (171). Una doctrina social del Estado es indispensable porque no existe una separación completa ni una oposición absoluta entre Estado y sociedad. El Estado mismo es, más bien, una de las formas de sociedad; es tanto un supuesto como un producto. Por eso la vida completa del Estado sólo puede comprenderse partiendo de la totalidad de la vida social y, por eso también, la doctrina social del Estado tiene substantividad como una disciplina particular de las ciencias sociales (172). Ya sabemos con qué ardor ha combatido Kelsen esta concepción "teológica" de las "dos naturalezas" del Estado: eso no impide que la oposición de los dos autores en este punto sea aparente. Kelsen es aquí absolutamente consecuente con el método Kantiano que hace "producir" el objeto por el método, es decir, el Estado por el método jurídico; la consecuencia con que Kelsen procede aquí le falta en otros lugares de su obra, a pesar de que en una forma u otra es ese el "leitmotif" de toda ella; pero no puede desconocerse que Jellinek plantea también con todo rigor la exigencia de "pureza metódica"; la doctrina social es doctrina "autónoma" y no se mezcla con la doctrina jurídica. La cuestión, en último extremo, es cuestión bizantina, cuestión de "nombres" propiamente; todo está en si la "realidad social" que, como tal, no corresponde estudiarla al Jurista, puede o no "llamarse", aún, "el Estado".

Y Kelsen coincide con Jellinek en considerar "metajurídica" la cuestión del "fundamento" del Derecho y en poner ese

(171) Jellinek, ob. cit., p. 28.
(172) Jellinek, ob. cit., ps. 120-121.

fundamento en lo "facticio". Todo mandato y toda prohibición presupone un poder que manda y que prohibe. El arbitrio o los fines de este poder son las últimas posibles fuentes de toda ley moral y jurídica.

Si ante un determinado mandato nos preguntamos por el poder que lo ha emitido, y de qué poder ha recibido éste la facultad de mandar, ulteriormente por el fundamento jurídico que sanciona la actividad del segundo poder, etc., es indudable que este regreso hacia un fundamento no puede ser infinito, que ha de tener un límite, es decir, que no puede ser ya nada "jurídico" sino puramente "facticio" (173). Es la *fuerza normativa de lo facticio*. KELSEN formula esta proposición en esta otra forma: la norma fundamental, base de la validez de todo orden jurídico, no es ya norma positiva: pero si ha de cumplir su misión ha de ser algo a lo que corresponda un mínimo de eficacia: es, pues, *la metamorfosis de lo facticio en normativo.*

En la doctrina del órgano del Estado no hay más que aparente contradicción entre KELSEN y JELLINEK; si éste niega "personalidad" al órgano es porque JELLINEK comprende por órgano el punto final de imputación de KELSEN; lo mismo se puede decir de la llamada por LABAND "autoridad" (174).

Finalmente, antes que KELSEN dijo JELLINEK que el principio de distinción jurídica (de las formas del Estado) no puede

(173) Jellinek, ob. cit., p. 113 de la edición alemana; cfs. la crítica en Nelson, *Rechtswissenschaft ohne Recht,* ps. 22 y ss.

(174) Cfs. sobre esto Vögelin, *Z. öff. Recht,* ps. 103-104 (1924); y Heller, en *Archiv f. Sozialwissenschaft,* 1926, B. 55, p. 300: "Die reine Rechtslehre ist der zu spät geborene Erbe des logistischen Rechtspositivismus, die folgerichtige Erfüllung des Soziologie- und Wertfremden Programms des Labandismus". Cfs. Kelsen, *Allg. Staatslehre,* en la Introducción: "Jetzt, da ich, die Resultate meiner monographischen Vorarbeiten zusammenfassend und ergänzend, ein System der Allgemeine Staatslehre versuche, sehe ich deutlicher als früher, wie sehr meine eigene Arbeit auf der grosser Vorgänger ruht; fühle ich mich inninger als bisher jener Richtung staatstheoretischer Erkenntnis eingegliedert, als deren bedeutendste Vertreter in Deutschland Karl Friedrich von Gerber, Paul Laband und George Jellinek genannt werden müssen." A confesión de parte...

ser otro que el del modo de la formación de la voluntad del Estado (175). Sin embargo, una "voluntad psicológica" puede valer como voluntad del Estado.

* * *

También dentro de la escuela vienesa se puede señalar un orden de prelación de ideas, que tiene interés porque muestra el espíritu de colaboración y de mutua comprensión que animaba a sus miembros, en los primeros tiempos y que hoy, con alguna excepción, aun se conserva.

Anterior a KELSEN es su discípulo WEYR, profesor checo, que en 1908 (tres años antes de la publicación de los *Hauptprobleme)* planteó el problema de la "concepción unitaria del sistema jurídico" en lo que se refiere a la división del Derecho en público y privado.

"El último fundamento del dualismo en el Derecho, dice, tiene una raíz psicológica. Y justamente la circunstancia de que en la conciencia jurídica del pueblo y de sus jurisconsultos influyen poderosamente reminiscencias milènarias de un poder del Estado situado más allá del Derecho, explica el tenaz apego de la Jurisprudencia al principio del dualismo. Precisamente por esto no pudo hacerse comprender que los derechos y obligaciones "públicos" pertenecen al mismo tribunal de justicia que los demás derechos, y en cambio, se creó para aquéllos sus propios, privilegiados "fora" (176).

El punto de vista "dinámico" aparece en KELSEN, por vez primera, en 1912, en su artículo sobre el "negocio jurídico público" (177) y un año más tarde hace entrar en juego la "norma fundamental" (178), pero no con el carácter de "hipótesis", es decir, como "constitución en sentido lógico-jurídico": plantear el asunto en este aspecto es el mérito de VERDROSS en su artículo sobre la "subordinación jurídica del legislador" (1916) (179)

(175) Jellinek, ob. cit., p. 373.
(176) Weyr, *Arch. öff. Rechts*, 1908, p. 557.
(177) *Archiv öff. Rechts*, 1913.
(178) *Archiv öff. Rechts*, 1914.
(179) *Juristische Blätter*, 1916: "So weit es gilt, in der Rechtsdog-

y de PITAMIC, un año más tarde, orientándola en el camino de la "economía mental" (no, empero, en el sentido de MACH). Dice éste: "En la elección de los supuestos materiales para el conocimiento teorético del Derecho se debe tener cuenta de una cierta economía mental; esta economía no es, ciertamente, lo mismo que de ordinario se conoce con este nombre, aunque en todo caso es ahorrado pensamiento superfluo. La distinción está en el diverso carácter de esta superfluidad. En la economía mental propiamente dicha..., el evitar lo superfluo se realiza mediante la elección del camino, en la evitación de un rodeo, en elegir, por tanto, el camino más corto que lleve a la finalidad propuesta y en prescindir de los otros caminos que exigen un mayor gasto de tiempo y de fuerzas mentales. En nuestro caso, la economía consiste... en evitar construcciones en el reino del deber ser, que aparezcan como superfluas vistas desde el reino del ser. No se trata de una limitación económica del camino del conocimiento, partiendo de unos ciertos supuestos y tendiéndose a una determinada finalidad, sino de una limitación económica en el mismo punto de partida...; éste es el problema cuya solución está en que de los diversos sistemas de normas sea elegido aquel a quien correspondan, en el espacio y en el tiempo, determinadas actuaciones de hecho..., y, por tanto, mirado desde el punto de vista del ser, pueda ser considerado como el más económico" (180).

A su vez, MERKL fué el primero que criticó la primitiva concepción kelseniana "estática" del Derecho, que encerraba el Derecho en la ley, ideando la llamada "construcción escalonada" del orden jurídico, aceptada inmediatamente por KELSEN y casi toda la escuela (181).

matik den restlos als gegeben hinzunehmenden Stoff systematisch zu entwickeln und in der Rechtstheorie der Rechtswissenschaft ihre metodisch-philosophische Grundlegung zu schaffen, um den der Jurisprudenz aufgegebenen Gegenstand (nämlich das Rechtssystem zur Erzeugung zu bringen), dürfen und müssen der rechtswissenschaftlichen Forschung Ideen als *Wissenschaftshypothesen* zugrunde gelegt werden."

(180) Pitamic, *Z. öff. Recht,* 1917, ps. 346-347.

(181) Merkl, *Juristische Blätter,* 1917; *Recht im Lichte seiner An-*

La construcción "monista" del Derecho Internacional es obra, ante todo, de VERDROSS que la intenta, por vez primera en la escuela vienesa, en 1914 (182): "Concebir un determinado complejo de normas en un sistema, independientemente de todo otro, requiere su culminación en una norma superior, y si toda relación formal con otro sistema es rechazada, habrá de llevar en sí el fundamento del deber ser. Por eso, toda unidad normativa que no deriva su poder de ninguna otra, sino que vale por sí misma, posee la propiedad de la soberanía".

Esto habla de la posibilidad de una doble construcción, operando con una doble superficie del deber ser; pero, necesariamente, "o la soberanía de la voluntad del Estado o el Derecho Internacional han de ser sarcificados". Pero VERDROSS ha rectificado más tarde estas ideas y hoy, contra KELSEN, no admite más posibilidad que la del primado del Derecho Internacional (183).

Finalmente SANDER, en conexión con VERDROSS, se ocupó de los problemas de la continuidad del orden jurídico, desde el punto de vista del primado del Derecho Internacional, exponiendo ideas que también fueron aceptadas por KELSEN. Así, por ejemplo, afrontó el problema de las relaciones entre Derecho Internacional y Derecho estatal como cuestión de si entre una nueva constitución surgida por vía revolucionaria, y la precedente constitución, existe continuidad y su conclusión es que la revolución es un "procedimiento" de creación de leyes constitucionales, reconocido por Derecho Internacional (184).

* * *

§ 49. EL "DERECHO PURO" DE PICARD. — Un intento de construcción de una "teoría jurídica pura" hallamos, fuera de Ale-

wendung; Arch. öff. Rechts, 1918; ulteriormente, *Rechtskraft,* 1923 y *Verwaltungsrecht,* 1927. Cfs. Bonnard, *La th. de la formation du droit par degrés.*

(182) Verdross, *Zeitschrift f. Völkerrecht,* 1914, ps. 329 y ss.

(183) Más claro: no del todo el Derecho internacional, sino sólo de la llamada "Constitución internacional". Ved más adelante, n. 64.

(184) Sander, *Z. öff. Recht,* 1919, ps. 132 y ss.; cfs. Rapisardi-Mirabelli, en *Riv. int. di Filosofia del diritto,* V, 1925.

mania, en el libro del profesor de LAUSANA ERNST ROGUIN, "La régle du Droit", aparecido en 1889 y reproducido en sus ideas fundamentales y considerablemente ampliado en 1923: a él hemos de referirnos más tarde. Aquí ha de hacerse constar que de su influencia procede directamente la obra del jurisconsulto belga EDMUNDO PICARD, "Le Droit Pur", publicada en 1899 y bien conocida y estimada de los juristas españoles de la generación anterior (185).

PICARD quiere reducir la ciencia jurídica a una potente armazón lógica: no habla, sin embargo, de "conceptos formales" (terminología neokantiana que le es desconocida), sino de "esencias permanentes".

Aspira a "distinguir bajo la multiplicidad confusa y la variabilidad prodigiosa de los detalles", la osamenta permanente, el esqueleto que sostiene el mundo de los "infinitamente pequeños" jurídicos siempre cambiantes... Así como para la Matemática, hay para la Jurisprudencia un organismo de nociones y reglas que se encuentran constantes e inalterables a pesar del espacio y a pesar del tiempo" (186). Su investigación busca lo absoluto que reposa bajo lo relativo, lo inconmovible en el incesante modificarse de las normas.

No cree en el Derecho natural que es puramente imaginativo e ilusorio, aunque no puede desconocerse que la humanidad de ve constantemente atormentada por esta idea. Por eso el Jurisconsulto debe esforzarse, de una parte, en conocer el .Derecho positivo; por otra, ha de aplicarse a la "materia psíquica jurídica" que constantemente nos hace pensar en un Derecho más perfecto que crea un mundo ideal más conforme a nuestros deseos, para combinarla con las contingencias inmediatas y prácticas de la vida y obtener así la legislación más adecuada (187).

El Derecho no se "crea" por nadie. No lo crea la voluntad divina ni humana, no lo crea el Estado, no lo crea la ley. La ley, el pacto, "descubren", no "inventan" el Derecho. El Derecho

(185) Hay traducción castellana de Serrano Jover, 1914.
(186) *Le Droit pur*, p. 7.
(187) Picard, ob. cit., p. 166.

"existe" en la Naturaleza, es decir, está dotado de "naturalidad". Se refleja en la conciencia, lo que es su "subjetividad". La colectividad lo formula en leyes, es decir, le confiere la "objetividad". Estas leyes se imponen en la práctica de las relaciones sociales y aparece así su "positividad" (188). El Derecho es, pues, una "realidad del orden físico", la única realidad posible en su momento y, como tal, "ideal y natural", pero "relativo". Sin embargo, puede estar infinitamente alejado de la idea de la Justicia.

Provisionalmente, se puede definir el Derecho: *conjunto de deberes al cumplimiento de los cuales se puede ser constreñido por la fuerza social organizada* (189). Este "objeto", el Derecho, puede ser objeto de diferentes estudios. Ante todo de una *Ontología*. Ella se preguntará pura y simplemente "qué es Derecho" y buscará su "característica". Si se pregunta qué es Derecho y se contesta que es el "Suum cuique" no se ha contestado a la pregunta. "No es el fin lo que conviene designar, sino la cosa en sí; y no toda la cosa... sino su característica. De momento se trata de Ontología y no de Teleología ni de Etiología. ¿Qué importan

(188) Picard, ib., p. 374. Las teorías jurídicas sobre el origen del Derecho podrían llamarse del "Derecho arbitrario", porque lo hacen proceder de una *Voluntad* divina o humana. "La teoría teológica sostiene que el Derecho emana de Dios, que le crea, le mantiene, le deforma (!), le reforma según su voluntad suprema y los decretos de su Providencia. Tal como lo ha decidido, lo comunica al hombre por medio de la Revelación. Tal es, por ejemplo, el caso de Moisés (!!)." La teoría "autocrática" sostiene que el Derecho "procede del soberano, individuo o colectividad" (¿cómo será posible considerar autocrática la creación de Derecho por la colectividad?). La escuela del contrato social "se apoxima a la verdad", pero olvida que el Derecho es un producto natural que, para existir, no necesita de ninguna sanción artificial (cfs. ps. 364 y ss.) No desconocemos la parte de verdad que se encierra en la idea de que el Derecho, para existir, no necesita ser creado por una voluntad; pero la exposición de las doctrinas que "se oponen" a esta idea, es altamente regocijante. Por lo demás, cualquiera advierte la formidable confusión del pensamiento de Picard en este punto: sólo el "Derecho natural" existe "por sí"; englobar en esta afirmación al Derecho positivo y decir que éste no necesita ser creado por la voluntad, es algo que hace superfluo todo comentario.

(189) Picard, ob. cit., p. 50.

origen y fin? La disciplina lógica quiere que no salgamos del ser mismo: se trata de extraer un elemento interno y no algo externo" (190). Esa "característica" buscada se halla en la "coacción" jurídica. Pues siendo el Derecho ciencia social y las ciencias sociales estudian "actos humanos", supuesto que se prescinda de los actos cuyo cumplimiento se abandona a la voluntad, sólo nos quedan aquellas que aparecen como "impuestas", no ya por un deber moral, sino exigibles por la fuerza. Por eso la sanción es el "criterio anatómico de un derecho".

"Hacer la ontología de un Derecho es obra eminentemente analítica. Se presenta como una introspección jurídica, visceral, referida a detalles micrológicos, tomando como materia los derechos en su estado interno o de reposo; capta los elementos inevitables, estereotipados, incorruptibles, "permanentes" del Derecho" (191). Estos elementos son: *sujeto, objeto, relación y coacción*. Y la "definición ontológica" del Derecho puede rezar así: "*relación de goce de un sujeto sobre un objeto protegido por la coacción social*" (192).

Con esto no se agota la definición del Derecho: junto a la "ontología" hay lugar para una *Etiología* y para una *Teleología* jurídicas. Únicamente ha de advertirse que estas investigaciones *están fuera del campo de la pura juridicidad;* pues justamente se preguntan "de dónde viene" y "a dónde va" esa Juridicidad. El Derecho no proviene de ninguna "voluntad": es una "fuerza social cósmica", una "realidad objetiva" que está más allá de nuestra inteligencia; especie de "substancia flúida" anterior "a toda legislación y a toda humanidad" (193).

La Teleología jurídica se ocupa de rellenar las formas vacías; ontológicamente, el Derecho aparece "en forma de un edificio inmenso, metódicamente organizado, presto a recibir huéspedes, pero aún vacío... ¿qué poner en las leyes? ¿De qué alimentar estas formas prestas a funcionar?... Esto es el fin del Derecho, su

(190) Picard, ob. cit., p. 32.
(191) Picard, ob. cit., p. 75.
(192) Picard, ob. cit., p. 79.
(193) Picard, ob. cit., p. 362.

teleología, que se resume en estas palabras: *la Justicia,* hacer reinar la Justicia" (194).

Y ahora se puede dar la "definición total" del Derecho: "*El Derecho es una fuerza social cósmica* (etiología), *realizada bajo forma de goce, ejerciéndose por un sujeto sobre un objeto y protegido por la constricción social organizada* (ontología), *teniendo por fin la Justicia* (teleología)" (195).

Picard admite, según la idea comtiana, los tres "estadios" de la sociedad con sus correspondientes correlatos en la ciencia. Como es natural, nos hallamos en los albores del tercer período. Los estadios sociales son el del "misticismo", el del "egoísmo" y el del "altruísmo". La época del misticismo es época "religiosa": "lo divino mata lo humano" (!); le corresponde un período intelectual de "superstición". La segunda época es "monárquica" y le corresponde un período de "anarquía crítica". La época del "altruismo" es la época de la "realización de la Justicia"; "lo humano mata lo divino" (!!); es el período de la *Ciencia* (196). Esta ciencia tiene que ser forzosamente una *ciencia positiva.* No por eso ha de ser "materialista" sino "realista integral". La realidad no es ni sólo espiritual ni sólo material. Una y otra han de ser cuidadosamente consideradas por el jurisconsulto, huyendo de la unilateridad de los puntos de vista "espiritualista" o "idealista" e "histórico".

Más que una crítica detallada de las doctrinas del profesor de Bruselas, algunas de cuyas ideas fundamentales van expuestas en las líneas precedentes, nos interesa destacar su sentido y algunas de sus contradicciones. Muchas de estas ideas las encontramos en Duguit y en Kelsen: que el Derecho es un conjunto de deberes exigibles por la coacción, nos recuerda poderosamente las "funciones sociales" de Duguit; el nombre "Derecho Puro" parece un anticipo de la "teoría pura del Derecho" y la "Ontología Jurídica" es ella misma un ensayo de tal teoría pura. Pero si nos preguntamos por la "pureza" de la definición total u ontológica del

(194) Picard, ob. cit., p. 386.
(195) Picard, ob. cit., ps. 441-442.
(196) Picard, ob. cit., ps. 405-406.

Derecho, tendremos que contestar negativamente: Sólo la definición provisional es, verdaderamente, una definición o, mejor, un "puro concepto formal" del Derecho. Pero la introducción de un elemento como el "goce", "impurifica" por completo la definición. Y si nos preguntamos qué relación guardan la definición provisional con la ontológica o la total, habremos de contestar que "ninguna". Y, sin embargo, se comprende fácilmente que en la "definición provisional" hay elementos suficientes para desarrollar una teoría en sentido del normativismo kelseniano o de la doctrina de DUGUIT, que han partido de un concepto de la "proposición jurídica" y de la "regla de Derecho" cuyos elementos esenciales son: "coacción" y "deber".

Habremos de denunciar el pintoresco lenguaje bio-médico en que se complace el autor, quizá influído por la Sociología de su tiempo que, por lo demás, informa no sólo la expresión verbal, sino todo su pensamiento, haciéndole llegar a decir, incluso, que la parte inmóvil del Derecho, su "esencia", está tanto en su estructura eterna como en los "grandes *instintos jurídicos* de cada raza, tan inmutables como los de la Religión, el Arte o la Lengua" (197); y así, con esta tremenda confusión, no es ya posible saber si se trata de una "Ciencia pura del Derecho" que se ocupa de "sólo lo jurídico", o si de un "Derecho Puro" ofrecido a la consideración de ciencias diversas incluso sociológicas: ni siquiera hay ya medio de formarse idea clara de qué sea el Derecho desde el momento que hasta los "instintos" forman parte de las "permanencias abstractas".

Tampoco está claro en manera alguna si PICARD entiende por derecho subjetivo una entidad distinta del objetivo o si, más bien, tiende a identificarlos: ante todo, porque no usa esa terminología; habla "del" Derecho y de "un" derecho o de "los" derechos; pero toda la diferencia parece estar en el artículo y en la mayúscula. Sin embargo, aunque con alguna reserva, cabe sospechar que derecho subjetivo y objetivo son una substancia única para PICARD. Esta opinión puede encontrar un punto de apoyo en la llamada "definición total": el Derecho es una fuerza social cós-

(197) Picard, ob. cit., ps. 293-295.

mica "realizada" bajo forma de goce...; parece, pues, que se trata de una "concretización" de esa "fuerza cósmica" que sería "el" Derecho, que "individualizándose" daría lugar a "los" derechos definidos ontológicamente como "relación de goce". Pero contra esta interpretación se alzan objeciones que convierten el problema en poco menos que insoluble; si, según lo antes dicho, la "característica" del Derecho es la coacción, estamos en pleno dualismo, pues es imposible que "el mismo" Derecho sea a la vez la protección y lo protegido; precisamente esa es la distinción que está en la base de la vieja doctrina del derecho subjetivo, tal, por ejemplo, como la formuló IHERING. Ya se puede comprender que el nudo del problema está en que PICARD no ha dicho qué es el Derecho objetivo, o mejor dicho, tiene una doble concepción de él que es tanto como decir una concepción contradictoria; la "constricción social" no puede ser la misma "fuerza cósmica" sino la protección de la "manifestación subjetiva" de ésta; y no hay más remedio que admitirlo así, pues, por difícil que sea concebir cómo una "fuerza cósmica" pueda realizarse en forma de "goce" lo sería mucho más admitir que el "goce" fuera una realización de la "constricción". Definir el Derecho, a la vez, como "fuerza social cósmica" y como "coacción", como "goce" y como "protección del goce", mezclar lo objetivo y abstracto con lo subjetivo sin, al mismo tiempo, indentificarlos, añadir que "tiene por fin la Justicia", pero sin que sea vea claro si es la "fuerza cósmica" o la "coacción" quien "tiende a la Justicia", y prescindir del elemento "norma", a no ser que se identifiquen las normas con la "constricción social" en cuyo caso las normas no serían el Derecho que es la "fuerza cósmica", sino su protección, es, en verdad, una rica serie de incoherencias.

§ 50. LA "CIENCIA JURÍDICA PURA" DE ROGUIN. Hemos ya mencionado la obra del profesor de Lausana, el conocido civilista ERNST ROGUIN. Se publicó en 1889, diez años antes que la de PICARD, y parece que no fué del todo comprendida o se le concedió escasa importancia. Sin embargo, BINDING la estimó y hubo de lamentarse ante el autor de que no hubiera tenido en cuenta su obra y sí, en cambio, la de su discípulo THON; lo cual habla

ya de cierto parentesco entre una y otra y, de hecho, ya hemos visto cómo la "teoría normativa" de BINDING y THON puede considerarse como "precedente" de la kelseniana. En 1923, las ideas fundamentales contenidas en la "Règle du Droit" aparecen considerablemente desenvueltas en una obra en tres tomos, cuyo título es "*La Science Juridique Pure*". Ya el título es más claro que el de "Derecho Puro" de PICARD a quien ROGUIN reprocha, en este punto concreto, una absoluta falta de claridad. ROGUIN no demuestra conocer lo más mínimo la producción de la escuela vienesa ni en su obra se advierten los menores influjos de ésta; pero uno de sus jóvenes maestros, FRITZ SCHREIER, estudia la obra de su colega de Lausana y encuentra afinidades grandes con el pensamiento de la "reine Rechtslehre" en general y con el suyo en particular.

ROGUIN comienza con una crítica de las doctrinas de AUSTIN que es, quizá, el primer "teórico puro del Derecho"; pero éste no distingue entre los principios verdaderamente necesarios y cuyo conjunto constituye la ciencia jurídica pura y aquellos otros que no tienen carácter de necesidad o de consecuencia lógica forzada. Con esto queda rechazado el método de la inducción que no puede lograr sino leyes de la segunda especie.

La misión de la ciencia jurídica pura consiste propiamente en mostrar las verdades constantes y universales de ciertas premisas de orden jurídico y, por de pronto, de la existencia misma, histórica o hipotética de lo que se llama "el Derecho" (198). Se trata de descubrir verdades inespaciales e intemporales; tomar a la historia o a la imaginación creadora ciertos datos, crear con ellos las premisas de teoremas e investigar las consecuencias forzosas de estas proposiciones.

La ciencia jurídica pura no pretende ser ni Derecho natural, ni Historia, ni Derecho comparado. Algunos vieron en su "regla del Derecho" una nueva expresión del "Derecho ideal", es decir, una elaboración jusnaturalista, pero tal interpretación no es acertada; en cambio, ROGUIN presta un cierto asenti-

(198) Roguin, *La Science juridique pure*, t. I, p. 461. Sobre Roguin cfs. Schreier, en *Int. Z. f. Theorie des Rechtes*, Band II.

miento a la opinión manifestada en una revista alemana según la cual su "ciencia pura" no puede ser sino filosofía del Derecho; pero advierte que el tema de ésta es más amplio, si bien deberá incluir los elementos de aquélla. Pero ROGUIN huye, sobre todo, de valorar: la justicia no es en manera alguna ni el Derecho mismo ni uno de sus factores constitutivos, sino el carácter de ciertas reglas comparadas con un sistema subjetivo de principios (bien que estas disquisiciones puedan tener infinitamente más importancia que los mismos temas de la ciencia pura) (199).

Hay dos especies de ciencias teoréticas: unas establecen relaciones de interdependencia entre hechos considerados fuera de toda localización en el espacio y el tiempo; y las leyes deducidas por estas ciencias son conformes a la fórmula: "si A es, B es". Las ciencias de la segunda especie se ocupan de la constatación de relaciones entre hechos cumplidos en la duración, es decir, de relaciones de causación. Ellas obedecen al esquema: "si A es, B será" (200). La ciencia jurídica pura pertenece a las primeras. Por eso la obra "está exenta de toda consideración sociológica extraña a su naturaleza y está, en cambio, influenciada por estudios de Lógica; lo que era inevitable y es un bien, pues *la ciencia jurídica pura no es otra cosa en el fondo que Lógica aplicada al análisis y a la construcción sintética del Derecho*" (201).

Considera como "un error de la ciencia alemana" ver una "diferencia profunda" entre derecho subjetivo y objetivo: no hay entre ellos absolutamente otra diferencia que la que existe entre lo general y lo eventual, de un lado, y lo particular o concreto y lo real, de otro (202).

La ciencia jurídica pura es una ciencia del "Derecho posible: las posibilidades son universales y permanentes, las realidades son particulares y contingentes (203). Los "conceptos fundamentales" son: hecho inicial o hecho sometido al Derecho, prestación, legislador, mandato (de que a una prestación siga un hecho), san-

(199) Roguin, ob. cit., p. 504 (t. I).
(200) Roguin, ob. cit., I, p. 496.
(201) Roguin, ob. cit., I, p. XXXI.
(202) Roguin, ob. cit., I, p. 118.
(203) Roguin, ob. cit., I, p. 525.

ción y sujeto activo y pasivo. El elemento "sanción" es esencial a la regla, que puede definirse así: "la expresión de la voluntad de que un cierto hecho social sea seguido de un cierto efecto social"; y "en caso de inejecución de este orden, de otros efectos sociales eventuales" (204). En realidad, esta definición no está muy lejos de la formulación kelseniana de la proposición jurídica como juicio hipotético. Esta sanción es una doble norma: si A es, será B; a falta de B, será C, y así indefinidamente hasta llegar al soberano contra quien ya no es posible sanción (205).

El Derecho es de naturaleza formal; de la moral le distingue la falta de sanción en esta última. Es como la "envoltura de las relaciones sociales". Sería un error creer que el Derecho se compone "sólo" de relaciones jurídicas e incluso que las relaciones jurídicas son "sólo jurídicas"; pero "desde el punto de vista del Derecho" toda relación social, "de cualquier especie" que sea, es relación jurídica (206).

El concepto de causa no es psicológico: "no es, en realidad, una causa anterior cronológicamente al efecto, como las verdaderas causas, sino un hecho que tiene una relación de interdependencia con otro hecho, según el esquema: si A es, B es" (207). Pero a continuación introduce lo psicológico diciendo que la causa jurídica, tanto en los actos a título gratuito como en los a título oneroso, está para cada parte en la consideración de un saldo activo de ventajas o de satisfacciones que resulta de varias comparaciones o estimaciones (208).

De la escuela vienesa le separan profundamente algunos problemas particulares, como el de considerar que sólo el hombre dotado de discernimiento puede ser sujeto de Derecho y declara "ficción del Derecho" (alegándolo como disculpa) el que también a los niños se les considere personas (209).

En fin, una síntesis de los problemas especiales que la Ciencia

(204) Roguin, ob. cit., I, p. 102.
(205) Roguin, ob. cit., II, p. 219.
(206) Roguin, ob. cit., I, ps. 144-146.
(207) Roguin, ob. cit., II, p. 101.
(208) Roguin, ob. cit., II, p. 157.
(209) Roguin, ob. cit., II, p. 313.

Jurídica pura se plantea y puede resolver, la fórmula en estos términos ROGUIN:

"1.° En primer lugar, partiendo del hecho de que conviene llamar "Derecho" la reglamentación de las relaciones sociales por medio de la constricción, incluso física, de la autoridad, la distinguirá de la moral con la mayor precisión posible, indicando sus factores componentes... Ella hará ver también la necesidad de un encadenamiento de las reglas o de las relaciones jurídicas.

2.° La ciencia jurídica pura se entregará en seguida a una segunda operación, consistente en hacer ver que todos los derechos primarios son o absolutos o relativos, puesto que el Derecho no puede hacer otra cosa que repartir entre los hombres los poderes jurídicamente directos sobre las cosas materiales y determinar las diversas actitudes que los hombres podrán exigir unos de otros.

3.° En tercer lugar, el sabio entregado a las investigaciones objeto de nuestra obra, se aplicará a mostrar que sólo hombres aptos para tomar decisiones sobre el goce o la disposición de los bienes a ellos asegurados por el Derecho pueden tener, en este último, el papel de sujetos y que, desde luego, las llamadas personas jurídicas o morales no son más que colectividades humanas.

4.° Nada impide mencionar en cuarto lugar la determinación de la división de los hechos en públicos (políticos, administrativos, internacionales) y privados, la cual no puede derivar, admitidos ciertos datos, más que de la calidad oficial o de simples particulares de los sujetos.

5.° En quinto lugar, nuestra ciencia, distinguiendo claramente las construcciones jurídicas legislativas o sintéticas de las analíticas o explicativas, dará cuenta de los diversos derechos, absolutos o relativos, y de los otros factores de que se componen las diversas instituciones o partes de las instituciones jurídicas. Haciéndolo así, trabajará tanto sobre datos imaginarios como sobre datos reales o históricos.

6.° Un sexto trabajo consistirá en suponer que tal materia debe ser reglamentada por aplicación de ciertos principios y en investigar cuáles deben ser las prescripciones especiales que

aseguran la observación completa de estas reglas primeras.

7.° En séptimo lugar, un estudio de ciencia pura mostrará la gran diferencia de naturaleza que separa las disposiciones: *a)* sobre las condiciones del nacimiento de un derecho y *b)* sobre la titularidad de los diversos derechos y su transmisión, de las *c)* que precisan la naturaleza y los efectos de los diversos derechos tomados en sí mismos.

8.° La ciencia jurídica pura someterá, en octavo lugar, a su crítica toda una serie de instituciones o de teorías (centralidad del Estado, soberanía, teoría de los estatutos, etc.), para restablecer la verdad obscurecida por diversos errores, lo que no podría hacerse sino por medio de estudios rigurosos de los cuales ella es la condición sine qua non.

9.° En fin, en noveno lugar, no hay cuestiones de Derecho, desde las más teóricas y más generales, hasta las más particulares y pedestres, en las que la antorcha de la ciencia pura no sea capaz de aportar su luz. Se puede hacer ciencia pura sin saberlo, pero no se puede pasar sin ella" (210).

Como se ve, abundan las concomitancias de este pensamiento con el de la "escuela vienesa" y no es preciso recalcarlas más. El hecho de que la semejanza se acentúe respecto a la obra de SCHEREIER débese a que ROGUIN, especializado en estudios de Lógica se acerca (al parecer, sin conocerlo), al pensamiento de HUSSERL. La caracterización de la Lógica como ciencia teorética, la invocación a la fantasía o imaginación creadora, hacer de la ciencia pura "doctrina de las posibilidades" cuyo conocimiento ha de preceder al de lo real, son ideas que se encuentran en el filósofo de la fenomenología. Y ya es sabido que la misión de SCHREIER ha consistido en fundamentar en la fenomenología la teoría pura del Derecho.

§ 51. EL "REALISMO" DE LEÓN DUGUIT. — La doctrina que verdaderamente ofrece una asombrosa semejanza con el kelsenismo, pese a los diferentes puntos de partida y a la misma diferencia en las conclusiones es la teoría político-jurídica del célebre

(210) Roguin, ob. cit., I, ps. 578-580.

decano de Burdeos LEÓN DUGUIT. Durante algún tiempo pudo pasar inadvertido el paralelismo de los dos pensadores, pero al fin ha terminado por llamar la atención y ya es hoy corriente admitir que DUGUIT, pese a su "sociologismo" es, ni más ni menos que KELSEN, un "normativista".

Así como KELSEN desenvuelve los problemas capitales de la teoría del Derecho partiendo de la doctrina de la proposición jurídica, DUGUIT pretende edificar una construcción jurídica partiendo de la sola idea de la regla de Derecho. DUGUIT no conoce más que el "Derecho objetivo". El derecho subjetivo no existe. "Pienso, dice, que los individuos no tienen derechos, que la colectividad tampoco los tiene; pero que todos los individuos están obligados, porque son seres sociales, a obedecer a la regla social; que todo acto individual que viola esta regla provoca necesariamente una reacción social... y que todo acto individual conforme a esta regla recibe una sanción social. Esta regla social... está fundada sobre el efecto social que es susceptible de producir tal o cual acto individual... Nuestra regla de Derecho no es un ideal, es un hecho... No puede fundar, ni en beneficio del individuo, ni en beneficio de la sociedad, verdaderos derechos. Sólo implica el poder para los individuos que detentan la fuerza de organizar una reacción social contra los que violan la regla. Implica, también, para todos el poder de cumplir libremente las obligaciones que impone. En una palabra, no da a nadie... derechos subjetivos, es decir, el poder de imponer como tal su personalidad colectiva o individual. Se limita a proporcionar a todo individuo en el medio social, cierta situación estrechamente dependiente de la de los demás y que le lleva a una situación activa o pasiva. Implica la regla social para todos un cierto estado que de la misma se deriva, y que podríamos calificar de *situación objetiva,* para oponerla al "derecho subjetivo" que yo niego. Así nadie tiene en el mundo social otro poder que el de realizar la tarea que le impone la situación que tiene en el sistema de interdependencia que une a los miembros de un mismo grupo social... Se excluye la concepción metafísica de *derecho subjetivo,* para dar lugar a la noción de Derecho objetivo, que implica para cada cual la obligación de cumplir una cierta misión y el poder de realizar los actos

que exige el cumplimiento de esta misión" (211). A primera vista se comprende que toda esta argumentación se basa sobre un formidable "sincretismo metódico" que está muy lejos de la manera kelseniana. Empero, interesa hacer constar que si DUGUIT niega el derecho subjetivo es por razones ético-sociológicas y, por tanto, voluntariamente se sitúa fuera del campo del Derecho positivo. Esa "regla social" no es la "proposición jurídica positiva o "regla de Derecho" porque ésta es la expresión de aquélla: nosotros cremos que tal regla puede considerarse como el correlato de la "norma fundamental" de KELSEN. Ésta establece un puro deber ser: "compórtate como ordene el Monarca o el Parlamento" y esta norma es la condición, el supuesto necesario de todo orden jurídico sin ser, sin embargo, norma jurídica (positiva).

La "regla" de DUGUIT juega un papel análogo: por su conformidad con ella es válida la ley positiva y es, en este sentido, supuesto de toda ley. Frente a esa regla no hay otra "substancia" que pudiera afirmarse como "derecho"; pero cada individuo tiene que realizar una cierta "función" en la sociedad, asignada por la regla: ¿no cabría, pues, decir que si "materialmente" los derechos son "funciones sociales", "formalmente" las funciones son el "Derecho" (objetivo) referido al individuo? KELSEN ha prescindido del momento "ético", DUGUIT no ha hecho una construcción "jurídica"; pero las dos teorías, así contrastadas, no son sino el anverso y reverso de una misma medalla (212). Por lo mismo

(211) Duguit, *Transformación del Estado*, ps. 190-195. Cfs. *Manual de Derecho constitucional*, p. 1: "El derecho subjetivo es un atributo propio de todo individuo que vive en sociedad. Es la facultad que posee el individuo de obtener el reconocimiento social del resultado que se propone alcanzar, en tanto que el motivo que determina su acto de voluntad se dirige a un fin reconocido como legítimo por el Derecho objetivo."

(212) Kelsen, en su teoría del derecho subjetivo, rechaza la definición clásica del derecho de propiedad como "poder de gozar, de disponer, de consumir, etc., la cosa", porque todos esos momentos son jurídicamente irrelevantes; pero no niega, como Duguit, el derecho mismo de propiedad, porque Kelsen lo pone en la misma norma "puesta a disposición del propietario" si alguien atenta contra su propiedad. El mismo Duguit no podría negar la existencia de tal norma de Derecho objetivo positivo,

así como DUGUIT no ha conseguido construir jurídicamente el derecho subjetivo, no conoce tampoco el deber jurídico; pues expresamente denomina a los deberes que impone la solidaridad, funciones "sociales". Y la regla social, que es un hecho, no deviene jurídica más que por la "adhesión" de las conciencias individuales, de la "masa de los espíritus". Están, pues, claras las analogías y las diferencias: ni la "norma hipotética" ni la "regla social" se cuidan de otorgar "derechos" sino de establecer un "deber"; dentro del orden jurídico, DUGUIT sigue negando el derecho subjetivo; KELSEN, menos radical, afirma que "no es esencial" que se concedan tales derechos; la diferencia, aparente, surje aquí, pues KELSEN, demócrata socializante como DUGUIT, afirma que la forma del derecho subjetivo es la forma de la Democracia. Pero KELSEN se conforma con que sólo las "normas generales" se produzcan de modo "democrático", pues su ideal socialista aspira a la desaparición del derecho subjetivo en las escalas inferiores (por ejemplo, en lo que afecta a la "distribución" de los bienes).

Enérgicamente rechaza DUGUIT la teoría corriente de los "derechos innatos" que también ha sido objeto de la crítica kelseniana. "El hombre, dice, no puede tener derechos sino cuando entra en relación con los demás hombres, es decir, cuando vive en sociedad. Los derechos del hombre no pueden, pues, ser anteriores a la sociedad; por el contrario, nacen de la sociedad. No puede pretenderse que al entrar el hombre en sociedad aporte derechos que impongan a ella (213).

Esta noción de derecho es de "carácter exclusivamente metafísico... Entiendo por noción metafísica toda noción que impli-

y, por tanto, la existencia del derecho de propiedad. Negándolo, sale, pues, del dominio jurídico para entrar en el reino de la Filosofía social, en el cual carecen de mayor interés las construcciones jurídicas; pero aun aquí es curioso que, al igual de Kelsen, reduce el pretendido derecho a la norma, no ya a la norma positiva, puesto que se sitúa voluntariamente fuera del campo del Derecho positivo, sino a la norma o regla social que impone una función. Kelsen opera con "formas" jurídicas, Duguit con contenidos filosófico-sociales: esto es lo que los separa y, al mismo tiempo, lo que los complementa.

(213) Duguit, *Soberanía y libertad*, p. 214.

ca una afirmación no comprobada por la observación directa de los sentidos... Toda doctrina, como la doctrina individualista, que afirma que en razón de su calidad de hombre, de su eminente dignidad, el ser humano tiene una voluntad que por su naturaleza y, como tal, se impone a las demás voluntades; que a causa de su valor interno, de las cualidades que le son propias puede limitar la acción de los demás individuos y el poder de la autoridad política, es, evidentemente, una doctrina exclusivamente metafísica... Doctrinas de este género vienen a ser como doctrinas puramente religiosas... Pueden ser objeto de un acto de fe; no pueden serlo de una proposición científica". También KANT y los neokantianos "creen" en la Libertad sin "afirmarla" científicamente. En otros lugares afirma DUGUIT que todo pasa "como si el hombre fuera libre". KELSEN diría que la Psicología no puede admitir más que el determinismo más absoluto, pero que la Jurisprudencia "necesita" la "hipótesis" de la Libertad. Y, como KELSEN, rechaza DUGUIT el pensamiento de los juristas "aferrados a dogmas" como el de sujeto de derecho y derecho subjetivo. Los juristas obran así como los teólogos. Pero es una "tendencia natural del espíritu humano explicar las cosas que ve por alguna entidad metafísica imaginaria e invisible" (214). Esta mentalidad es puramente teológica. El jurista "substancializa", hipostatiza substancias detrás de las realidades sociales. "Parece que la jurisprudencia es aún, como en la Edad Media, la sierva de la Teología. La divinidad es una e indivisible a pesar de la existencia de las tres personas divinas. No hay más que una sola e indivisible soberanía, a pesar de los tres poderes... Teoría teológica y teoría política, que no tienen, una y otra, más valor que el de juegos del espíritu" (215).

No obstante la constante apelación de DUGUIT a la "masa de espíritus", rechaza, lo mismo que KELSEN, como "ficción" la supuesta "voluntad colectiva" de los sociólogos.

También la teoría duguitiana del "acto jurídico" muestra una notable coincidencia con la de KELSEN. "El Derecho moder-

(214) Duguit, *Traité,* I, p. 400.
(215) Duguit, *Traité,* I, ps. 178-179. Cfs. *Pragmatismo jurídico,* I.

no, dice, tiende ahora a admitir cada vez más que, de una manera general, lo que produce el efecto de Derecho no es, no puede ser el acto interno de voluntad, volición, como dicen los psicólogos, sino la manifestación exterior de la voluntad, la *Willenserklärung*, según la expresión alemana". Antes se protegía el acto mismo de voluntad. "Pero desde el momento en que se admite que la situación de Derecho no tiene valor y no merece protección más que cuando corresponda a un fin social, que toda situación no tiene fuerza más que en la medida en que tiene un fundamento social, no puede nacer más que de un acto que por sí mismo tenga carácter social; no puede, pues, resultar más que de un acto de voluntad externa porque en tanto que la voluntad no se haya manifestado al exterior es de orden puramente individual; no llega a ser un acto social más que por su manifestación" (216). Más tarde perfeccionó estas ideas y definió el acto jurídico: "todo acto de voluntad que interviene con la intención de que se produzca una modificación en el ordenamiento jurídico tal como existe en el momento en que se produce o tal como existirá en un momento futuro dado" (217). Orden jurídico es el estado social existente en un momento dado según las reglas de Derecho que se le imponen y las situaciones jurídicas que se refieren a él. El Derecho objetivo crea para los individuos obligaciones "en el sentido de que si, por su actitud activa o pasiva, violan la norma jurídica, serán alcanzados por una sanción social" (218). Luego habrá una modificación en el orden jurídico cuando la haya en el Derecho objetivo. El efecto jurídico del acto es siempre poner en movimiento la constricción o coacción colectiva y, en las sociedades civilizadas, poner en movimiento la fuerza social organizada o el abrirse una vía de Derecho. Así, acto jurídico es todo acto de voluntad hecho con la intención de que si alguien hace o no hace algo, una vía de Derecho se abrirá contra él, vía de Derecho reconocida por el Derecho objetivo. Luego es siempre el Derecho objetivo el que concede efectos al acto de voluntad que es

(216) Duguit, *Transformaciones del Derecho privado*, ps. 84-85.
(217) Duguit, *Théorie de l'acte juridique*, p. 10.
(218) Duguit, *Th. acte juridique*, p. 11.

el acto jurídico. Luego, si los efectos de Derecho escapan al poder de la voluntad, la voluntad no es la causa eficiente de los efectos de Derecho (219). Pues el "objeto inmediato" de la voluntad sólo puede ser un movimiento de los órganos del propio individuo que provoca, pasando del estado potencial, al acto, una modificación del mundo exterior. Esta modificación ha sido "querida" como medio para que el efecto se produzca y que, como tal, es el "objeto mediato" de la voluntad, que no puede "querer" — "producir", — sino una manifestación de la actividad de sus propios órganos. El efecto final no puede ya decirse que ha sido "querido" por el sujeto, sino que éste, queriendo producir un movimiento corporal, sabe que se producirá un efecto por aplicación de una ley que le es extraña. Así, pues, la "declaración de voluntad" no es tampoco "causa" del efecto como no lo es el acto interno de la volición. Sin embargo, el Derecho objetivo sólo concede efectos cuando la declaración está hecha con la "intención" de que se produzca los efectos; pero el efecto se producirá en la medida en que es indicado, expresa o tácitamente, por la fórmula de la declaración. Si algo falta en ésta que está en la volición, no puede producirse el efecto que correspondería, de haber sido declarado. Tampoco es preciso que el declarante "conozca" todos los efectos: luego, salvo reservas, se presume que ha tenido intención de que se produzcan todos (220).

También el "acto administrativo" es susceptible de construcción jurídica. Ésta se asemeja a la kelseniana salvo en la introducción del elemento "fin". "A veces el acto administrativo tiende a crear una verdadera situación jurídica subjetiva, es decir, origina una obligación concreta con cargo a la administración o a un administrado. Entonces se trata de una declaración de voluntad que emana de un agente público, que tiene por objeto crear una situación de derecho subjetivo con un fin de servicio público. Todos los elementos del acto jurídico en general se ofrecen en ese caso reunidos. En primer lugar la declaración de voluntad; es evidentemente necesario que sea conforme al Derecho objetivo,

(219) Duguit, *Th. acte juridique*, ps. 12 y ss.
(220) Duguit, *Th. acte juridique*, in fine.

y como en nuestros países modernos el Derecho objetivo se confunde casi con la ley, se puede decir que la declaración de voluntad del agente debe ser conforme a la ley. Hay cosas que el agente público no puede querer a causa de su naturaleza. Además, cada agente no puede querer jurídicamente más que en un cierto dominio, y en ese dominio sólo un cierto número de cosas, lo que consituye su competencia. Toda declaración formulada por un agente fuera de su competencia entraña vicio de nulidad. El segundo elemento esencial de todo acto jurídico y, por tanto, de todo acto administrativo de carácter jurídico es el fin... Para que un acto de voluntad pueda producir un efecto de derecho, es siempre necesario que sea determinado por un fin... que no puede ser más que un fin de servicio público" (221). La aceptación de estos elementos explica por qué desaparece "la idea de que la administración no se liga por el acto que haya realizado, cuando éste sea un acto unilateral. Se deriva esto lógicamente del concepto de poder público, al cual se refería el acto administrativo unilateral. Se veía en él una orden del poder de mando, orden que podía, por consecuencia, anular como bien le pareciera. Desde el momento que, por el contrario, se ha llegado a la noción de que el acto admnistrativo es un acto jurídico, la situación jurídica que crea, ya sea un contrato o un acto unilateral, es un principio intangible y la administración no puede ni suprimirle ni modificarle. Cuando la administración puede anular un acto, modificar o suprimir los efectos que de él se derivan, es simplemente porque este acto no ha originado una obligación con cargo a la administración o no ha originado más que una obligación revocable" (222). Se ve que la "idea de la legalidad" es idéntica en DUGUIT y en KELSEN. Legalidad significa que un acto vale jurídicamente si está fundado sobre una norma (acto, decisión) superior, sin que haya necesidad de tomar en consideración la autoridad de que emana esta norma (acto, decisión) superior; y, en su forma perfecta, indica que el acto de último grado es conforme al del primero. Esta idea deriva en DUGUIT del hecho de que

(221) Duguit, *Transformación del Derecho público*, ps. 249-250.
(222) Duguit, ib. p. 254.

ha colocado en primer plano el Derecho, por encima de los órganos estatales, y en KELSEN de su idea de que nuestros actos obtienen valor por su conformidad a la norma. Y como la norma es un continuo desenvolvimiento, un acto es conforme a la norma si es conforme a todos sus grados de desenvolvimiento y si el último grado, pasando por los intermedios, es conforme al primero. La única diferencia entre los dos autores consiste en que KELSEN, metodológicamente orientado, pone las cuestiones en forma más general, más abstracta, mientras que DUGUIT, orientado a la práctica, tiene cuenta de las diferencias que existen entre los órganos estatales y los particulares, entre los actos, las funciones en sentido material (ley, reglamento, acto administrativo y jurisdiccional) y las situaciones de derecho (generales o individuales), en sus relaciones con los diferentes principios del Derecho positivo.

Pero las diferencias no les impide ir de acuerdo, tanto en las soluciones, como en el modo de poner y entender las cuestiones. Esto es verdad particularmente en lo que se refiere a sus esfuerzos para eliminar la influencia de la idea de poder público, de reconstituir la unidad de Derecho privado y público de colocar el Derecho por encima de los órganos del Estado, por encima de la administración, del legislador y de los particulares. Están de acuerdo, sobre todo, en la eliminación de la menor traza del Derecho natural individualista, como una idea preconcebida e incongruente con la naturaleza del Derecho objetivo. También el principio de la separación de poderes es concebido de modo análogo, como cuestión de legalidad (223).

Conoce, pues, DUGUIT, una "graduación" del orden jurídico, semejante a la formulada ante todo por MERKL que ha eliminado todo elemento "decisionista", creador, subjetivo.

Además de esto, vió claro DUGUIT que la ley no es un imperativo y aunque no dice que sea un juicio hipotético, lo piensa, lo que a tanto equivale. Las leyes son unas "normativas" y otras "constructivas". Son normativas aquellas que formulan una regla de Derecho, que definen, v. gr., un delito o formulan principios generales de Derecho. En realidad no contienen un man-

(223) Duguit, *Traité*, I, p. 216.

dato, pero son obligatorias en tanto que la regla de Derecho es en sí misma obligatoria, como regla social.

Las leyes constructivas contienen la organización social de la sanción; en realidad lo son todas las que organizan servicios públicos: así las leyes constitucionales o de administración; así, principalmente, las leyes penales. "Son éstas las que parecen en más alto grado leyes imperativas o, mejor aún, leyes prohibitivas destinadas a los particulares; observándolas de cerca se nota que su orden, en realidad, quizá no se dirige a los particulares. El legislador no prohibe matar, robar, etc. No tiene facultad para dictar esta prohibición. Limítase a organizar el servicio público de seguridad y decide que si un hecho, previsto y definido por él y calificado de infracción se comete, los tribunales dictarán cierta pena contra el individuo reconocido como autor" (224). La influencia de BINDING sobre este pasaje es manifiesta.

Y, como en KELSEN, el Estado es algo superfluo en la doctrina de DUGUIT. Los dos subordinan el Estado al Derecho porque piensan en el "Estado de Derecho": es cierto, sin embargo, que DUGUIT se atiene más estrictamente que KELSEN al concepto "material" de Estado de Derecho que, en el profesor vienés, quiere tener un sentido puramente epistemológico. El Estado no "crea" Derecho: esa función, en sentido material es "función social" para KELSEN ni más ni menos que para DUGUIT que la pone en la "masa de individuos"; y el Estado no es, pues, el productor de las "reglas normativas" sino el encargado de su ejecución técnica por medio de las "reglas constructivas". Los dos rompen así con la vieja teoría positivista que subordinaba el Derecho al Estado. El Estado no lo puede todo. En DUGUIT hay un límite en el "Derecho objetivo", concepto doble, pues indica por un lado el orden de la ley y, por otro, el orden de la "regla social", aunque, dice, en el moderno Estado puede obrarse "como si coincidieran"; no se comete más que un error despreciable como dicen los matemáticos, obrando de ese modo. He ahí, pues, un último doble paralelismo: de un lado el *positivismo;* el Derecho es lo que está

(224) Duguit, *Transformación del Derecho público,* ps. 148 y 155 y siguientes.

encerrado en la norma; pero de otro, la *superación del positivismo* por los límites puestos al Derecho: en el uno, es la "regla de la solidaridad"; en el otro, la legitimidad de diversas "normas fundamentales" entre las que es posible elegir, permite evadir la consecuencia de que el orden estatal lo puede todo, negando la consideración de Derecho a aquel orden que no está de acuerdo con nuestras concepciones políticas. — Finalmente, DUGUIT es como KELSEN un "universalista". Toda la Humanidad es una vasta sociedad sometida a reglas de conducta; sin embargo, su fundamentación del Derecho Internacional es psicológica, como la del Derecho interno. Pero vió claro que el concepto de soberanía es un obstáculo para la fundamentación de ese Derecho y trata de eliminarlo de la Ciencia del Estado. Ante todo, critica su noción en Derecho interno y en particular la tesis de la soberanía nacional, en la que el hombre moderno, dice, "ha visto una verdad de orden religioso, un artículo de fe, un dogma en suma... El dogma ha tenido sus apóstoles y sus mártires. La fe ardiente de la soberanía del pueblo ha sublevado las masas, ha derribado tronos, ha hecho el moderno mundo político. El hombre ha sido llevado siempre, por instinto, para explicar lo que ve, a colocar, detrás de los fenómenos que percibe, fuerzas sobrenaturales o metafísicas que no ve. Durante siglos, detrás del poder de los príncipes ha colocado la divinidad que les daba este poder. En el año 1789, detrás del poder de los gobernantes, ha colocado una nueva entidad metafísica, la personalidad soberana de la nación. Éstas no eran más que hipótesis, pero colmaban las aspiraciones místicas innatas en el hombre y en los pueblos; y los hombres del siglo XIX lo han creído con el mismo ardor que sus antepasados de la Edad Media ponían en creer lo contrario" (225).

La soberanía, se dice, es "una, indivisible e inalienable": pero "esta idea de la unidad de la soberanía ha dado origen al célebre problema del Estado federal. Con arreglo a esta teoría de la Soberanía, es absolutamente imposible explicarse el sistema federal" (226). Se dice que "la soberanía es una voluntad que tiene

(225) Duguit, *Soberanía y libertad*, p. 169.
(226) Duguit, *Soberanía y libertad*, p. 147.

su carácter propio, una voluntad superior, independiente, mandante, eficiente, que liga y sujeta a las demás voluntades, en tanto que ella no puede ser ligada por ninguna". Pero "humanamente es inexplicable que una voluntad humana sea superior a otra voluntad humana" (227). La noción de soberanía implica, sobre todo, dificultades insuperables para fundamentar el Derecho Internacional, problema que es verdaderamente insoluble si se sostiene la noción de soberanía" (228). Se ha intentado salvar el obstáculo con la teoría de la cláusula *rebus sic stantibus* que equivale a "reconocer que si el Derecho Internacional existe, no tiene más que un fundamento, bien poco consistente, por cierto. Verdaderamente, no puede hablarse de contrato jurídicamente obligatorio cuando una de las partes puede siempre desasirse de él en el momento que quiera y como quiera, con la sola condición de que ha de conformarse con el procedimiento internacional establecido para la denuncia de tratados" (229). "La Liga de Naciones no podrá seguramente alcanzar su objeto más que si llega, no a destruir, sin duda..., pero al menos a hacer pasar a segundo término este concepto absorbente de soberanía y a poner en primer lugar no ya la noción del Derecho soberano, sino la del deber que impone a los gobernantes y a los pueblos no turbar la paz y respetar la autonomía nacional y territorial de las demás naciones" (230).

(227) Duguit, *Soberanía y libertad,* ps. 151-152.
(228) Duguit, *Soberanía y libertad,* p. 176.
(229) Duguit, *Soberanía y libertad,* p. 180.
(230) Duguit, *Soberanía y libertad,* ps. 204-205. Sobre el sistema de Duguit y sus relaciones con Kelsen, cfs. Bonnard, en *Int. Z. Theorie des Rechtes,* Band I; Tassitch, en ib. Bde. I, II, III; Kunz, en ib., Band I; Zeumer, ib. Band III; Sukiennicki, *La souveraineté des Etats;* Heller, *Souveränität,* p. 25: "Wer methodische Gegensätze nicht uberschätzt, wird sich kaum darüber wundern, dass Duguits naturalistischer Soziologismus mit Kelsens reiner Rechtslehre in den Resultaten übereinstimmt." — No puede dejar de aludirse a la doctrina del holandés Krabbe, representante de la teoría del *Estado de Derecho* o de la *Soberanía del Derecho* que es, en él, un resto del Derecho natural de la Ilustración. La soberanía del Derecho es el imperio impersonal de las normas; la soberanía del Estado, por el contrario, implica que el poder enraiza en un supuesto derecho a man-

dar. El poder del Derecho no es personal, sino espiritual; son fuerzas espirituales las que nos dominan. Krabbe representa también una concepción universalista del Derecho internacional, en armonía con la "conciencia jurídica moderna", que supera los estadios nacionales y asciende a la esfera "supranacional". Cfs. Krabbe, *Lehre der Rechtssouveränität;* del mismo, *Moderne Staatsidee e Idée moderne de l'Etat.* Sobre Krabbe, entre otros, Kelsen, *Staatsbegriff,* ps. 184 y ss., y Heller, *Souveränität,* ps. 20-21.

Capítulo VI

LOS INGREDIENTES FILOSÓFICOS DE LA TEORÍA PURA DEL DERECHO

§ 52. Kantismo. — Es la concepción kantiana de la Ciencia lo que constituye el "leit-motif" de Kelsen, tanto en la crítica de la Jurisprudencia anterior como en la construcción de la propia teoría. Pero es curioso hacer notar que Kelsen ha escrito su primer gran libro más bien por intuición y solamente después profundizó en el estudio de la filosofía de Kant (231).

Empero, los *Hautprobleme* aparecieron directamente influenciados por la filosofía de los neokantianos de Baden *(Südwestdeutsche Schule)*, tal como la expuso Windelband y, en parte Rickert. La distinción entre *norma* y *ley natural*, que tan importante papel juega en la fundamentación de la Jurisprudencia kelseniana, procede de este pasaje de los *Preludios:* "Las leyes psicológicas son, por tanto, principios de la ciencia explicativa, de los que tiene que ser derivado el origen de los hechos particulares de la vida anímica: representan — conforme a la condición fundamental de toda ciencia explicativa — las determinaciones generales en virtud de las cuales cada hecho particular de la vida anímica tiene que formarse necesariamente tal como de hecho se forma. La Psicología explica con sus leyes cómo pensamos, sentimos, queremos y obramos realmente. Por el contrario, las leyes que encontramos en nuestra conciencia lógica, ética y estética no tienen nada que ver con la explicación teorética de los hechos a que se refieren. Se limitan a expresar cómo deben ser realizados estos hechos para que, con validez general, puedan ser juzgados como verdaderos, como buenos, como bellos. No son, por tanto,

(231) Kunz, en *Rev. de Droit International*, 1925, p. 570.

leyes que expliquen cómo tiene que verificarse el acaecer objetivo o cómo podrá ser subjetivamente concebido, sino normas ideales para juzgar del valor de lo que necesariamente sucede. Así se ve que nuestra vida psíquica es considerada a través de dos prismas radicalmente diversos, por las dos legislaciones a que está sometida y, por tanto, éstas no pueden entrecruzarse en su esfera de acción. Para la legislación psicológica la vida anímica es un objeto de ciencia explicativa; para la legislación normativa de la conciencia ética, lógica y estética, es objeto de un juicio ideal. Por las leyes naturales concebimos hechos; por las normas los aprobamos o desaprobamos. Las leyes naturales pertenecen a la razón que concibe: las normas a la razón que valora. Jamás una norma es un principio de explicación, como la ley no lo es nunca de la valoración" (232). Todo el *normativismo* kelseniano está ahí. Pero con la diferencia de que KELSEN no conoce una conciencia que pone normas jurídicas, porque esa función la traspasa a la Jurisprudencia. ¡La Jurisprudencia, dice SANDER, es para KELSEN la conciencia normativa! (233).

KELSEN derivó más tarde hacia la otra rama de la filosofía neokantina: la *Escuela de Marburgo*, cuya atención solicitó una recensión de los *Hauptprobleme* aparecida en los *Kantsstudien* (234). Entonces comienza para KELSEN una era propiamente filosófica. Entonces su teoría quiere ser, conscientemente, *teoría del conocimiento jurídico*, es decir, un caso especial de la teoría del conocimiento, en general, y, propiamente, el *pendant*, en dominios jurídicos, de la *ciencia trascendental de la naturaleza*, ideada por KANT. No hay conocimiento más que de la experiencia, pero la experiencia es cognoscible sólo en virtud de *condiciones trascendentales*, es decir, de algo que está fuera de la experiencia, que no

(232) Windelband, *Normen und Naturgesetzen*, en *Präludien*, II, página 67.

(233) Sander, en *Z. öff. Recht*, Band II, p. 607.

(234) Ewald, *Die Philosophie im Jahre 1911*, en *Kantsstudien*, 1912. El mismo Kelsen confiesa los puntos de vista que debe a Cohen (cfs. *Ethik des reinen Willens*), el cual considera a la Jurisprudencia como *Mathematik der Geisteswissenschaften*, y para quien la doctrina del Estado es necesariamente teoría "jurídica" del mismo.

es experiencia, que no es tampoco un "en sí" metafísico sino ***puras formas mentales***. Estas "formas" son las "leyes del pensamiento" que conoce "por" ellas; pero al mismo tiempo, son "leyes del objeto", porque éste es constituído por ellas; ***es, pues, el pensamiento quien produce el objeto;*** pues "producción" significa tanto como "hacer cognoscible" la masa informe de datos sensibles; es, en verdad, "dar, por la forma, el ser a la cosa" ***(Forma dat Esse Rei)***, y esta es la función de las "categorías". Este "dar forma" es "unificar", reducir a unidad los datos, extirpar la contradicción, y esto se logra mediante un "principio unificador" al que todos los datos pueden ser referidos y por quien son "determinados": ese principio es para KANT el ***yo trascendental*** y, para KELSEN, la ***norma fundamental o hipótesis originaria. La norma fundamental produce Derecho como objeto de conocimiento jurídico,*** porque sólo por la posibilidad de referir los datos sensibles — relaciones de poder — a esa norma, "se convierten" en jurídicos; claro que si ella "determina" los datos, ella misma no puede ser ya un "dato jurídico", sino justamente algo extrajurídico, "supuesto", "hipotético". Pero sólo esa hipótesis funda la validez del sistema.

Quien quiera concebir algo como Derecho positivo, no tendrá más remedio que acudir a esa construcción; pero a quien ponga en cuestión el mismo fundamento del Derecho y se pregunte por qué ha de ser válido el orden que es posible referir a una norma hipotética, no se le podrá convencer, con argumentos jurídicos, para que cambie de opinión; no hay obligación ninguna de aceptar algo como Derecho. El valor teorético de la construcción normativa no existe, pues, más que para el que "quiera" hacer del Derecho un objeto de conocimiento jurídico (235).

A este "orden jurídico" así constituído se le hace idéntico con el Estado: considerar a éste como "soporte", como "garantía"... del Derecho no es más que una reduplicación inútil, consecuencia de una hipóstasis ilegítima. El "Estado metajurídico" es alejado de la Teoría pura del Derecho: y esto es, aún, una aplicación del postulado kantiano — fundamental para cada Ciencia: — la

(235) Kelsen, *Les Rapports de système*, en *Recueil des Cours*, 1927; cfs. Recaséns, *Direcciones*, p. 159.

pureza metódica. Sólo así las investigaciones de la teoría del Estado no harán ya pasar las fantasías o los deseos políticos por exigencias de la construcción científica: he aquí por qué, la "Teoría pura del Derecho" puede hablar de lo que llama "preciosa herencia" legada por KANT (236).

Para los kelsenianos debe, pues, la Jurisprudencia haber ascendido a la categoría de Ciencia al uso feliz por KELSEN de los método del kantismo. *¡Jurisprudencia científica!* He ahí la meta nunca alcanzada por los juristas. Parecía que no había medio de dar un mentís a las pesimistas palabras de von KIRCHMANN: tres palabras del legislador convierten una Biblioteca en papel de deshecho. Sólo la metódica de KANT podía ser capaz de arrancar a la Jurisprudencia de este estadio primitivo y precientífico.

Si quiere conservar su nuevo rango, habrá siempre de tener muy presente este índice de funciones y exigencias, inspiradas en el puro espíritu de KANT: estricta delimitación de sus fronteras; conocimiento objetivo en lugar de opiniones subjetivas; repulsa de todo dogmatismo, como de todo escepticismo; repulsa de toda metafísica como meta-científica, pero también del pensamiento mitológico, fácil a la personificación, al antropomorfismo y a la hipóstasis; uso del método de la crítica del conocimiento; uso del sistema y del método más adecuado al objeto de la Ciencia; exigencia de unidad y pureza metódica; repudio de todo sincretismo del método; lucha contra el psicologismo; sentido de la continuidad; conocer que la unidad del conocimiento conduce a la unidad del objeto; ponderación de la lógica, de la norma y de la experiencia; oposición y coincidencia entre Ciencia natural y Ciencia del espíritu; sentido de la formación de conceptos y de las definiciones; crítica de las opiniones extrañas y del lenguaje; evitación de todo equívoco; importancia de la terminología; necesidad de introducir el método de la hipótesis: "fundamentaciones", no "fundamentos"; declarar insolubles los problemas auténticos, pues a tanto equivale repetir con KANT que "nos aproximamos a su solución en un progreso infinito"; todas las teorías son provisionales; a lo sumo, son las mejores en el

(236) F. Kaufmann, en *Kantstudien*, 1924, ps. 241-242.

actual estado de los conocimientos; ninguna es definitiva y cada solución a un problema crea nuevos problemas; el proceso mental es infinito; toda teoría enraíza más o menos en un sistema filosófico: pero tampoco los problemas filosóficos son capaces de una solución plena, siempre dejan un resto (237).

§ 53. KANTISMO (cont.). NEOKANTISMO. — La filosofía kantiana, que apareció como un racionalismo apriorista, como doctrina de la legalidad racional *a priori*, fué convertida por los neokantianos en un racionalismo formalista. Este formalismo, nacido en tiempos de apogeo de la empirie, vendría a ofrecer la legitimación y los fundamentos epistemológicos a la era empírica y especialista, en tanto que ésta poseía aún un sentimiento de pudor ante su propia "desnudez filosófica". Así, esa filosofía que aseguraba que sus "valores intemporales y eternamente válidos" eran algo de carácter rigurosamente formal y que su hipóstasis no tenía nada de metafísica, sino un puro carácter epistemológico, fué como "carne de la propia carne" de la ciencia empírica; pues se limitaba a suministrarle "condiciones formales" sin que, por su parte, fuera de temer una usurpación o invasión en terreno ajeno: no era más que una ciencia especial junto a otras ciencias especiales.

Pero el neokantismo pensó que un mundo de puras formas y valores debía servir de apoyo y conferir un sentido al mundo empírico: y entonces esa forma racional es concebida ora como constitutiva; ora como regulativa y aun normativa de la empirie, y esta relación regulativa es a su vez pensada ya como calificación y medida, ya como ideal o finalidad del conocimiento y del querer, e incluso en el sentido histórico-filosófico de punto de orientación de la evolución. KANT había distinguido entre formas de la "intuición", formas categoriales y constitutivas del "pensamiento" e "Ideas regulativas de la razón"; había, además, desarrollado una Teleología racional. En los neokantianos todo esto es manejado con un criterio que no puede ser menos kantiano. Formas abstractas no pueden servir de apoyo trascendente a la empirie. Son formas vacías que si por abajo carecen de un puente que las comu-

(237) KUNZ, *Völkerrechtswissenschaft*, 1923, ps. 39-40.

nique con el ser real, por arriba están privadas de toda comunicación con el valor absoluto de la verdad. Los valores absolutos son degradados a una "validez" formal vacía de contenido; "sentido" y "validez" en los neokantianos no tienen nada que ver con valores objetivos sino con abstracciones lógicas obtenidas según puntos de vista analítico-epistemológicos. Vaciamiento de todo lo viviente es la consecuencia. Teoría del conocimiento sin concepto de verdad, Psicología sin alma, Ciencia jurídica sin idea del Derecho, Ética sin eticidad, Ciencia del espíritu sin espiritualidad concreta: tales son los frutos del neokantismo (238).

De un modo especial ha rechazado KELSEN todos los residuos metafísicos de que KANT no había logrado aún emanciparse; su teoría no quiere ser más que teoría del Derecho positivo. También nosotros creemos que de una teoría del Derecho positivo la metafísica debe ser no eliminada, pero sí reducida a un mínimum — justamente al mínimum que exige una posición crítica, posición que es puro dogmatismo si no se acepta ese mínimum; — pero KELSEN rechaza, además, la legitimidad de toda otra investigación sobre el Derecho. No contento con hacer teoría positiva, niega que se pueda hacer otra cosa que teoría positiva; pero así KELSEN agrava el antikantianismo de los neokantianos que, por contraste, parecen fidelísimos adictos al puro espíritu de KANT. Compárase la "Teoría pura del Derecho" con la Filosofía Jurídica de los dos "neo" kantianos, STAMMLER y BINDER, v. gr., y se verá desde el punto de vista kelseniano que en la lejanía, la distancia que pueda separar aquéllos de KANT se acorta extraordinariamente.

KELSEN no sólo está lejos de KANT sino de los mismos neokantianos que, según ERICH KAUFMANN, ha "desmetafisizado" a KANT.

Comprobémoslo en un punto concreto. Para KELSEN, norma jurídica y ley ética pertenecen a dos órdenes radical y formalmente diversos y nada tienen que ver una con otra. Difícil sería, empero,

(238) E. Kaufmann, *Kritik der Neukantianer*, ps. 6 y ss., y 100: "so wurde der Neukantismus, ohne es selbst zu ahnen, das Gegenteil dessen was er wollte: der unmittelbare Wegebereiter jener an sich selbst verzweifelden Spengler-Stimmung, der jüngsten Erkrankung unserer, einer Metaphysik des Geistes beraubten Volksseele".

afirmar que KELSEN haya suministrado prueba de su aserto, pues es quizá en este punto donde sus argumentos muestran más falta de solidez y mayor ligereza en su manejo. Se obtiene la sensación de que se trata de argumentos forzados en favor de una tesis preconcebida y que se quiere hacer valer a toda costa, porque así lo requieren "exigencias de la construcción"; pero esto que es tan corriente en toda suerte de discusiones científicas se agrava aquí por la introducción de un error metódico que KELSEN no parece haber considerado suficientemente. Pues "compara" dos órdenes de cosas que no tienen punto posible de contacto, porque lógicamente es imposible ponerlas en parangón. Contrapone a la "pura forma" del Derecho la "materia" de la moral, y esto no porque sea imposible establecer un "puro deber ético", sino porque KELSEN no se ha cuidado de investigarlo. Divaga alrededor de la contraposición del *Sollen* de la norma jurídica con el *Sein* de la ley moral porque le han convenido prescindir del *Sein* del Derecho y del *Sollen* de la Ética.

Pero de este modo una comparación entre ambos es imposible. Decir que al Derecho no le interesan los momentos materiales de su "nacimiento", de su "cumplimiento", etc., es más o menos aceptable a condición de que, al efectuar el contraste con la Ética, se admita igualmente que el moralista tiene derecho a una depuración de elementos psicológicos y sociológicos y a construir la Ética sobre la base del puro deber, como hizo KANT, y entonces cabrá comparar entre el *Sollen* de ambos órdenes y encontrar las diferencias. Lo inadmisible es declarar que el Derecho consiste en un "deber ser" y que "por eso" (!) se diferencia de la moral cuyo "deber ser" es idéntico como mi "querer". La solución es cómoda pero inaceptable y, pese a KELSEN, *el mandato ético tiene validez por sí, independiente de su cumplimiento y de su reconocimiento.* Una comparación entre Derecho y Moral sólo puede tener lugar o respecto de las formas o respecto de los contenidos (239). Pero

(239) Cfs. Mayer, *Rechtsphilosophie*, ps. 61-63; por el contenido, "das Recht ist das ethische Minimum"; como medio — para garantizar la conducta social, — el Derecho es, en comparación con la Moral, "ein ethisches Maximum, nämlich an Kraft, an Wirksamkeit, an Resultaten". Cfs. Baumgarten, *Rechtsphilosophie*, ps. 60 y ss.; Radbruch, *Rechtsphi-*

KELSEN que ha querido establecer una separación "formal" — que es la más radical de las separaciones — entre Moral y Derecho, no ha podido conseguirlo porque le falta "la forma" de la Ética; sin haber llegado tampoco a una separación "material" porque los momentos materiales "son irrelevantes para el Derecho" y, en consecuencia, ha prescindido de ellos; pero también KANT los eliminó de su Ética.

El punto convergente de todos los argumentos kelsenianos en favor de la tesis separatista es éste: que la moral es un orden esencialmente *autónomo* y el Derecho un orden *heterónomo*. Ya sabemos el sentido que adquieren, manejados por KELSEN, estos conceptos de "autonomía" y "heteronomía" y que, desde luego, nos creemos autorizados para no considerar el verdadero, y que, por otra parte, no tiene nada que ver con el que les diera KANT que, como es sabido, estableció sobre la "autonomía de la voluntad" todo el valor de la Ética. Pero he aquí una discrepancia esencial: donde KANT dijo: *la Moral debe ser autónoma,* dice KELSEN: *la Moral es autónoma,* convirtiendo lo que en KANT era una exigencia, un "criterio" para juzgar el valor moral de las acciones humanas, en una *nota del ser de la acción real,* que no tendrá *valor* por ser autónoma, porque la autonomía no está ya en el "motivo", en el *Bestimmungs Grund des Willens;* con lo cual demuestra desconocer plenamente el verdadero sentido de la acción moral.

Recordemos ahora cómo define KANT estos términos: "La autonomía de la voluntad, dice, es la constitución de la voluntad por la cual es ella para sí misma una ley — independientemente de cómo están constituídos los objetos del querer... El principio de la autonomía es, pues, no elegir de otro modo sino de éste: que las máximas de la elección en el querer mismo, sean al mismo tiempo incluídas como ley universal... Cuando la voluntad busca

---

losophie, p. 116; Gysin, en *Z. öff. Recht,* Band VIII; además, Cathrein, *Filosofía del Derecho,* ps. 268 y ss.; Mendizábal, *Derecho natural,* capítulo XXIII; R. Laun, *Recht und Sittlichkeit;* Del Vecchio, *Fil. del Derecho,* ps. 72 y ss.; cfs. la correspondiente *Nota adicional* de Recaséns; Rippert, *La règle morale dans les oblig. civiles,* p. 9.

la ley que debe determinarla en algún otro punto que no en la aptitud de sus máximas para su propia legislación universal y, por lo tanto, cuando sale de sí misma a buscar esa ley en la constitución de alguno de sus objetos, entonces prodúcese siempre heteronomía. No es entonces la voluntad la que da a sí misma la ley, sino el objeto, por su relación con la voluntad, es el que da a ésta la ley" (240). Así, pues, cabría para KANT la posibilidad de una "moral heterónoma" que, en verdad, sería una *moral ilegítima*. A KELSEN tal juicio de valor no le interesa. El querer en el cual basa el imperativo ético no es la voluntad racional de KANT, sino un mero querer psicológico, sujeto al relativismo de los juicios morales. Por eso, a pesar de su *autonomía psicológica*, el imperativo moral carece del valor de la genuina autonomía ética. Sólo el "deber ser" jurídico vale por sí, independiente del "querer" de los súbditos. Es indudable que la *Metaphysik der Sitten* de KANT, está edificada sobre base dualista; sobre la contraposición de moralidad y legalidad, de legalidad autónoma y legalidad heterónoma, de libertad moral y de coacción jurídica. Pero estos conceptos han sido desnaturalizados por el neokantismo que, desmetafisizando a KANT, ha hecho de la Ética una mera *Formale Gesinnungsethik* y de los conceptos formales criterios normativos del juzgar. Pero la "formale Gesinnungsethik" es formalmente rigorista, pero materialmente relativista y anárquica; la doctrina kantiana de la "formale Legalität" es, por el contrario, radicalmente autoritaria. Para KANT, el mundo noumenal, inteligible de la Ética, es el hogar común en que nacen moralidad y legalidad, en el que los dos tienen su origen. También el Derecho pertenece al orden "ético", al "reino de la libertad"; la "doctrina del Derecho" es la primera parte de la "metafísica de las costumbres". Y este reino nouménico, no es, para KANT, un mundo de valores formales, sino un Cosmos de contenido positivo, de ideas repletas de contenido; un "orden inteligible de cosas", no un sistema abstracto de conceptos de "puro deber ser" y "mera validez". Ciertamente, la razón teorética, "espe-

(240) Kant, *Fundamentación de la Metafísica de las costumbres*, páginas 97-98.

culativa", no puede "conocer" este reino como un "objeto"; pero este mundo, con su orden inteligible de las cosas posee, sin embargo, una indudable, "objetiva realidad". Y el orden de los fenómenos no está "metafísicamente" separado del noumenal, pues justamente es "su" manifestación. En el "orden natural" de la cosa en sí se cimentan las leyes éticas como un orden metafísicamente objetivo; y puesto que el mundo ético es un "orden de cosas", las "leyes morales" son las leyes de este "reino de la libertad" y forman así tanto el contenido de los deberes jurídicos como de los deberes de la virtud. Como "orden objetivo", pues, no se distinguen Derecho y Moral porque tienen el mismo contenido. Legalidad y moralidad se distinguen sólo por el "motivo", por el *Bestimmungs Grund des Willens*. La Ética kantiana no es, como la Ética neokantiana de la *Südwestdeutsche Schule*, sólo formalmente rigorista, sino también materialmente rigorista (241).

(241) E. Kaufmann, *Kritik der Neukantianer*, p. 58. — Cfs. p. 68: "Für Kant der Dualismus von Legalität und Moralität (ist) letztlich auch formal nur ein vorläufiger, zur Aufhebung in der reinen Moralität bestimmter: in und hinter der Erscheinungswelt steckt das Ding an sich als sittliche Welt; der Mensch ist ein Bürger beider Welten; und der "Naturmechanismus' der pragmatischen Geschichtsentwickelung, dessen Zusammenhang mit jener noumenalen Ordnung nicht erkennbar ist aber objektiv besteht, bewirkt von selbst — vor allem durch die Not und durch Kriege, — dass diese hinter den Erscheinungen steckende sittliche Ordnung immer mehr "ausgewickelt" wird. Man sieht... wie das Ding an sich das Kernstückdes Kantischen Denkens, das unentbehrliche Verbindungsglied zwischen den Elementen seines Systems ist." Debemos advertir que la crítica que en este punto dirigimos a Kelsen es puramente inmanente y que en ningún modo nos hacemos solidarios de la interpretación de Kaufmann; más bien dejamos sin resolver este asunto. En todo caso, lo más cierto es la superación del formalismo ético kantiano por la moderna filosofía de los valores; cfs. Hildebrand, *Idee der Sittlichen Handlung;* Scheler, *Formalismus,* y Hartmann, *Ethik,* así como Brentano, *Origen del conocimiento moral,* y García Morente, *Ensayos sobre el progreso.* — Adviértase también respecto de esta nueva "Ética material" que, cualquiera que sea la actitud religiosa de sus cultivadores, camina paralelamente con la Ética cristiana — piénsese, por ejemplo, en los trabajos de Scheler hasta 1922 — y, de hecho, sus fundamentos más firmes están ya en Aristóteles, como lo ha reconocido Hartmann, ob. cit., p. VI: "Es will mir heute im Rückblick auf langjährige Bemühung

Rickert, representante de esta rama del neokantismo se expresa en estos términos sobre la voluntad autónoma: "obramos moralmente si el deber determina nuestra voluntad, inmoralmente si son referencias a perjuicios o ventajas las que nos determinan a hacer algo que repugna a nuestra conciencia moral. Podemos, pues, equiparar la voluntad ética en un sentido más general a la voluntad que se determina por deber y declarar la circunstancia de que los motivos de la voluntad consisten en la conciencia del deber, condición necesaria de todo querer moral. Si yo hago y quiero lo que debo según mi conciencia, obro como debo, obro, por tanto, éticamente en la significación más comprensiva de la palabra... Contra nuestro concepto se acostumbra a oponer objeciones. Según él es ética la voluntad que obedece a la conciencia del deber y precisamente la obediencia pudiérase alejar de la determinación de la acción ética. La subordinación a un mandato no conviene a una voluntad libre. Exigirla sería proclamar una moral de esclavos. No "yo debo" sino "yo quiero" ha de ser la palabra del verdadero hombre moral. Esto parece evidente a muchos, y, sin embargo, se ha introducido una falsa contraposición que procede de un mal entendido concepto de la conciencia del deber. Cuando decimos, "tenemos que obedecer el deber", se trata de una obediencia peculiar. Si un niño aún sin educar, obedece a su padre, lo hace sólo porque su padre quiere. Entonces la voluntad que manda es distinta de la voluntad que obedece y esta obediencia no puede, sin duda, constituir la voluntad ética. Quien, por el contrario, obra conforme al deber, se dice también que obedece, pero no a otro, sino a su conciencia, es decir, a sí mismo. La voluntad que manda coincide con la voluntad que obedece. Sólo, pues, se tendrá por indigna del hombre libre la

---

zweifel haft erscheinen, ob es wohl hätte gelingen können hier einen Schritt weiter zu kommen, wenn sich nicht Hilfe von unerwarteten Seite gezeigt hätte: bei dem Altmeister ethischer Forschung Aristoteles. Von allem Einsichten, die mir die neue Problemlage gebracht, ist mir kaum eine erstaunlicher und zugleich überzeugender gewesen als diese, dass die Ethik der Alten bereits hochentwickelte materiale Wertethik war."

obediencia que no es determinación de la voluntad por el deber. Sólo no es libre... el que obedece a otro que a su propia voluntad... La voluntad consciente del deber nos hace señores, aun de nosotros mismos, liberándonos de toda esclavitud moral... Sin embargo, otra objeción se opone a esta interpretación. Así comprendida, puédese afirmar que la conciencia del deber lleva a la destrucción de toda Ética. Autonomía deviene licencia y arbitrariedad. Si sólo se obedece a sí mismo, la obediencia deja de ser en absoluto reconocimiento de un mandato... No cabe moral que no esté ligada a un imperativo, al que obedece. También esta objeción se apoya en un malentendido. El hombre moralmente autónomo está, sin embargo, ligado a su conciencia que, podrá incluso prescribirle la obediencia a otro... Pero subordinándose espontáneamente a otro, al que obedece, se ha obedecido a sí mismo. El desenfreno y la arbitrariedad son algo tan contrapuesto a una autonomía justamente comprendida como la moral del esclavo. Ella es adecuada para determinar el valor moral, porque contiene en sí los elementos de lo ético, el libre querer y el deber, el individuo y el mandato que está sobre él... Querer o deber es una falsa alternativa. En verdad, la autonomía es unión de lo individual con lo supraindividual, "libre querer del deber" (242). Para RICKERT, si con referencia a las normas jurídicas se habla de "heteronomía" por contraposición a "autononiía" se piensa en una "posición por otro" de la norma.

Veremos ahora cómo KELSEN se halla también alejado de esta concepción. Las objeciones que RICKERT recoje constituyen precisamente el supuesto de los argumentos kelsenianos en su doble concepción del derecho heterónomo y de la moral autónoma. Para KELSEN está fuera de duda que las normas jurídicas son heterónomas; "por la existencia de una norma que está fuera y sobre los individuos, norma que puede ser establecida objetivamente por su contenido, pero que en su nacimiento es plenamente dependiente de factores subjetivos— el interior del individuo que está bajo el señorío de la ley — queda claramente establecida la na-

(242) Rickert, en *Kantstudien*, 1914, cit. por Darmstaedter, *Recht und Rechtsordnung*, p. 1.

turaleza heterónoma de la proposición jurídica" (243). Por lo que se refiere a la primera de las objeciones, KELSEN se ocupa en desenvolver el concepto del deber jurídico en estricta significación objetiva, en cuya virtud "lo que es debido puede ser establecido sin referencia al querer subjetivo o deseo de un hombre". Pues así como este deber ha de distinguirse del querer del que debe, tampoco es idéntico con el querer del que es punto de partida del deber, más claro, del que por su querer determina el contenido del deber. Los juicios "yo quiero que tú..." y "tú debes" son concebidos generalmente como sinónimos, pero la justa expresión sería: "yo quiero que tú... y por eso tú debes...". Es, pues, tendencia de KELSEN romper el enlace de la norma jurídica con la voluntad que la pone, objetivándola y contraponiéndola a la voluntad que se somete. Pero su concepto de "autonomía" es, ahora, el supuesto de la segunda objeción. En todos los casos de autonomía se necesita "un particular reconocimiento de la norma conocida... pues la norma no es otra cosa que un determinado querer del sujeto... Si el sujeto experimenta el deber ético, la norma, no como un impulso subjetivo sino como una exigencia que le viene de fuera, como de un poder más alto, es debido a un proceso de objetivación por el que el hombre proyecta hacia afuera ciertos hechos psíquicos, que luego retornan a él en forma que no dejan reconocer su origen... La voz de la conciencia deviene, en virtud de la objetivación, exigencia de una autoridad supraordinada, al individuo... Una norma ética existe para un particular sólo en tanto que se la pone a sí mismo, que se somete a ella, que quiere cumplirla" (244). La consecuencia de esto es, que "del punto de vista de la concepción autónomo-subjetiva no hay, de hecho, ningún fin práctico que justifique la contraposición entre ser y deber ser con la rigidez con que KANT y FICHTE la plantearon en la ley moral, y los teóricos que han criticado el formalismo de esta fórmula, pudieron apoyarse en el hecho de que la contraposición formal de ser y deber ser aparece contradicha por

(243) Kelsen, *Hauptprobleme*, p. 40; cfs. acerca de esto: Somló, *Juristische Grundlehre*, p. 191.
(244) Kelsen, *Hauptprobleme*, p. 35.

la realidad psicológica de la identidad substancial de os dos momentos en el interior del sujeto, que conoce el "debrr como un querer" (245). De este modo, dice DARMSTAEDTER — discípulo de RICKERT, — se despoja a la Moral autónoma de su peculiar carácter. Cesa de ser un mandato que está sobre los indviduos. En lugar de que el querer se eleva a norma, la norma s: inmanentiza en el querer. El apartamiento de KELSEN de KAN' y FICHTE hace perceptible el abismo que separa las dos concepcones; *es la oposición entre el psicologismo y el idealismo* (246).

* * *

Pero KELSEN no desconoce la existencia de un "concepto ético del Derecho". El Derecho Internacional, con prinado sobre los órdenes estatales, coincide con la Idea de la Hunanidad y, así, él mismo es ya un concepto ético (247). He aquí un punto de vista propiamente kantiano. También, v. gr., para N. E. MAYER (248) la Humanidad es la idea del Derecho y por eso, en la idea, Ética y Derecho coinciden. Sólo que, para KELSEN, nadie está obligado a aceptar tal concepto. El jurista es libr de elegir ese o su contrario. Jurídicamente, el *concepto inmorl del Derecho,* es decir, el orden internacional considerado cono "expansión" del Derecho interno, tiene tanto valor como su opuesto.

§ 54. FUNCIONALISMO. — Si se considera el concepto de Estado a la luz de la crítica del conocimiento, aparece cono ejemplo clásico de las que VAIHINGER llama "ficciones personficativas". El pensamiento humano, en su tendencia al antropomorfismo, se representa al Estado como una "voluntad"; pero esto que debía

(245) Kelsen, *Hauptprobleme,* p. 25.
(246) Darmstaedter, *Recht und Rechtsordnung,* p. 7.
(247) Kelsen, *Souveränität,* p. 319: "So wie für eine objektivische Lebensanschauung der sittliche Begriff des Menschen die Menschheit ist, so ist für eine objektivistische Rechtstheorie der Begriff es Rechtes identisch mit dem des Völkerrechts und gerade darum zugleicl ein ethischer Begriff."
(248) Mayer, *Rechtsphilosophie,* ps. 63-93. Lo mismo expresan el "ideal social" de Stammler y la "comunidad cultural" de Saur.

ser un mero "medio auxiliar" del pensamiento, asciende por obra de éste a categoría de "objeto del pensamiento". De ahí derivan multitud de problemas insolubles, porque su solución es una tautología, pues la misma base del problema es pura apariencia.

La solución es suprimir el dualismo, reducir las cosas a su primitiva unidad, poner *relaciones* en lugar de *cosas*, reducir la *substancia a función*. El concepto de "Estado" juega en la Ciencia jurídica el mismo papel que el concepto de "energía" en la Física, que el concepto de "alma" en la Psicología; en general, que el concepto de "substancia" en la ciencia natural (249); pero así como hoy es posible una Psicología, que es doctrina del alma, sin alma, y una Física, que es doctrina de la energía, sin energía, ha de ser tambin posible una "Teoría del Estado sin Estado". Si la ciencia jurídica ha de salir del estadio mitológico ya superado por las ciencias naturales, ha de renunciar al concepto de Estado: ver "tras" el Derecho el "Estado" es tan Mitología como ver DRYAS tras la fuente, POSEIDON tras el mar o APOLO tras el sol.

El positivismo de HUME, MACH y AVENARIUS, como el idealismo crítico de KANT, han concluído con el concepto de substancia. Dar un "soporte" a las "relaciones" de las cosas y llamarlo "materia", "energía", "alma", etc., es una reduplicación del mundo; tanto vale, pues, buscar un soporte para las "relaciones jurídicas" y llamarlo "Estado".

El hombre, en su preferencia por lo unitario y durable, pone muy alto el concepto de substancia y lo opone a lo contingente y mudable de las cosas de la experiencia. Pero ese concepto no

(249) Kelsen, *Staatsbegriff*, p. 206. Cfs. p. 208: "Wenn es das Sympton der mythologischen Weltanschauung ist, dass sie hinter der wahrnehmbare Natur in ihren mannigfachen Erscheinungen eine Vielheit von die Naturerscheinungen verursachenden Gottheiten, hinter den Baum eine Dryas; hinter dem Quell einem Quellgott, hinter dem Meer Poseidon, hinter der Sonne Apollo vorstellt, so die Natur verdoppelnd, dann steckt unsere Staats — und Rechtslehre noch tief in jenem mythologischen Stadium, aus dem sich die Naturwissenschaften allmählich befreit haben."

sólo reduplica al mundo, sino que lo divide en dos partes; una substancia viviente espiritual y una substancia muerta material. Sobre este dualismo edificó ANÁXAGORAS su filosofía. La substancia espiritual es el "arquitecto" *(Baumeister)* que piensa, se mueve y ordena. Así el Estado es el arquitecto trascendente del Derecho, "la fuerza en sí que produce el Derecho, que pone en función el orden jurídico que por sí no se mueve, que modifica el orden jurídico" (250). El imperio de la pura ley jurídica es, así, socavado, y la realidad jurídica emana de una voluntad semejante a la humana, pero infinitamente superior a la del hombre. El Derecho es voluntad del Estado, es decir, de un *superhombre* que nada tiene que ver con los hombres.

Por eso hay que realizar en dominios jurídicos algo análogo a lo hecho por AVENARIUS en el orden de la naturaleza; la "restitución del concepto natural del mundo".

Sin embargo, KELSEN no quiere aceptar toda la teoría positivista de AVENARIUS o PETZDOLT, sino su argumentación contra el concepto de substancia, pues en esa crítica el positivismo va de la mano con el idealismo crítico. KELSEN sigue, por eso, a CASSIRER, para quien el concepto matemático es la unidad reguladora de la multiplicidad perceptible experimentalmente y el principio absoluto e indemostrable de todo conocimiento posible, por lo que causa, materia, substancia, etc., no son más que concepciones plasmadas sobre la noción de número, y cualquier ley mecánica o fisiológica norma teórica de la realización y no resultado de la observación de los hechos. Según eso, el Estado puede ser una *idea*, pero no en sentido sociológico o ético-jusnaturalista, sino una *idea lógica*, la *idea de la unidad del Derecho*. Cabrá admitir una diferenciación "lógica", jamás metafísica, entre Estado y Derecho, como entre el superior principio de orden y el todo ordenado, algo análogo a los "esquemas" o conceptos fundamentales del idealismo trascendental.

Estos esquemas evitan las antinomías. Las antinomías que el concepto de Estado ha introducido en la ciencia jurídica, se evitan si el Estado no es más que "una categoría auxiliar, una

(250) Kelsen, *Staatsbegriff*, p. 210.

creación mental". Y con este esquema, en el que caben todas las posibles relaciones, tiene bastante la ciencia jurídica. Del viejo concepto "Estado" no ha de quedar más de lo que ha quedado del concepto de Dios para la ciencia natural; la idea de la unidad del Derecho. El Estado no es ya "cosa en sí", sino "perseverancia del procedimiento jurídico como método de creación del Derecho". Por eso cabe esperar que la ciencia procesal que era ayer la cenicienta de las ciencias jurídicas y que hoy es ya una hermana, sea mañana la reina de todas ellas y quizá la única pura objetiva ciencia jurídica (251).

"Funcionalismo" es, pues, análogo de "formalismo" o, como dice SIGFRIED MARCK (252) representa el triunfo del puro pensamiento sobre el objeto, que ya no es un "en sí" dado y que como tal hay que aceptar, sino algo que se resuelve en la validez objetiva de relaciones mentales, que es, por tanto, "producto del método". La no producción por el método representa el momento "substancial". Pero en el fondo del "funcionalismo jurídico" late una aspiración más honda; es la *eliminación del yo del mundo del Derecho*. La teoría kelseniana de la persona es la prueba. Pero el error de KELSEN está en ignorar que el racionalismo jurídico no posee la amplitud ni potencia del racionalismo matemático que "construye" los objetos o los "produce". Construcción jurídica es otra cosa que construcción matemática y los contenidos sociales aparecen frente a la metódica jurídica como heterogéneos y no derivables de ella. Por eso las ciencias del espíritu no pueden renunciar a ese momento "substancial". El concepto de persona está más allá de la antítesis substancia-relación: las modernas direcciones filosóficas, principalmente la fenomenología, han superado

(251) Sander, en *Z. öff. Recht*, Band I, ps. 469 y 479.

(252) Marck, *Substanz-und Funktionsbegriff*, p. 1: "Die Ueberwindung des ontologischen Dingbegriffe durch den Relationsbegriff ist ja doch die eigentlich entscheidende Leistung der kritischen Erkenntnislehre für Philosophie und Wissenschaft. In ihr spiegelt sich der Triumph des reinen Denkens gegenüber dem Gegenstande, der nicht mehr als an sich-haftes Sein gegeben und hinzunehmen ist, sondern in die objektive Geltung von Denkbeziehungen aufgelöst, zum "Produkt der Methode" wird."

esa decantada "Psicología sin alma" que quiere copiar, en sus dominios, la "Teoría del Estado sin Estado".

El "yo" no se resuelve en las relaciones, sino que perdura en todas sus variaciones y por tanto no puede ser relación; más bien es el punto central de todas las vivencias y, así, está "tras" todas ellas como condición de su "poder ser pensadas" (253). La relación, concepto puramente lógico, no puede pertenecer a la esfera de lo psicológico; pertenece al "es", no al yo (254).

Por lo demás, nos parece cierto que, a pesar de KELSEN, se siga refiriendo por mucho tiempo el Derecho al concepto del ser, Dios en el plano del Derecho natural, el hombre o el Estado en el plano del Derecho positivo, porque este es el único medio de referir el concepto del Derecho al de la Libertad. El ser, dice HAURIÓU, es libertad, pues cuando se organiza constitucionalmente la libertad, se organiza al mismo tiempo un ser. El ser y la libertad están en el centro de todo. Los más escépticos, los más influídos por prejuicios, los más descarriados no pueden menos de sentirse impresionados por la fuerza y la profundidad de esta creencia, cuando ven la magnífica experiencia del Estado. Que la intuición y la reflexión humanas, queriendo organizar la libertad en la sociedad política, hayan realizado la persona moral del Estado, proyecta como en una pantalla, con decisiva magnitud, el concepto de ser.

No nos inquieta que este concepto sea antropomórfico; esto prueba que el hombre mismo se concibe como un ser, lo cual constituye un excelente punto de partida (255).

§ 55. PANTEISMO. — Pero ahora llegamos a la verdadera raíz del pensamiento kelseniano: su vocación panteísta. Unidad del objeto de conocimiento, disolución de la persona en relaciones, pero relaciones "dentro" de la norma, es decir, la reducción de la persona a normas, puede ser aún una exigencia del método kan-

(253) Marck, ob. cit., p. 89.
(254) Marck, ob. cit., p. 90.
(255) Hauriou, *Principios de Derecho público y constitucional*, páginas 536-537.

tiano, pero en último término procede de un espíritu que a veces está más cerca de HEGEL que de KANT (256).

Recordemos que cuando habla de la posiblidad de elegir entre el primado del orden jurídico nacional y el del Derecho Internacional, señala que estas dos hipótesis son casos particulares de dos contrapuestas teorías del conocimiento y, en último término, de dos concepciones del mundo y de la vida: subjetivismo o individualismo y objetivismo o universalismo. La teoría subjetivista hace del yo el centro de universo; la teoría objetivista lo diluye en la razón universal. La elección entre las dos hipótesis es legitíma, pero no es posible, lógicamente, mezclar elementos de una y otra; no hay tercera hipótesis; o subjetivismo u objetivismo. Creemos que la forma de plantear este dilema es un tanto arbitraria. El "solipsista" — caso extremo de subjetivismo — no admite más que contenidos de conciencia, "sus" contenidos de conciencia; no puede reconocer la exisencia de otro yo frente al suyo, porque no será más que un nuevo contenido conciencial. Sin embargo, ese mismo solipsista está lejos de hacer del yo el centro del universo; por el contrario, lo aniquilará, lo disolverá en un complejo de sensaciones y representaciones. Así MACH afirma seriamente que a los diez y siete años se dió cuenta súbitamente del papel superfluo que representa la "cosa en sí" y el "yo": "En un sereno día de verano, dice, me pareció el mundo, incluso mi yo, como una masa conexa de sensaciones, sólo que más fuertemente

(256) Hatschek, *Einleitung in das öffentliche Recht*, ps. 53-54: "Kelsens Auffassung von der Gleichstellung des Atmungsvorganges und der wertenden Stellungnahme des Subjekts gegenüber der Religion, zeigt deutlich, das er eigentlich nach der Richtung hin auch objektivist ist. Dem Determinismus, dem er sonst anheim fallen müsste, entgeht er nur durch folgende Gedankenanwendung Die Person im rechtlichen Sinne ist ein Zurechnungspunkt aber nicht der Endpunkt der Zurechnung, dieser ist der Staat, die einzige freie Person. Und da er schliesslich auf seine hypothetische "Grundnorm" sich stützend, dazu kommt, dem Primat des Völkerrechts das Wort zu reden, ist es letztes Endes wieder nicht der Staat, der frei ist, der in der Völkerrechtsordnung übrigens nur ein "Tatbestand" ist, sondern die objektive Weltvernunft, d. Weltgeist. So gelangt Kelsen, um der Scylla des Determinismus zu entgehen, in die Charibdis des Hegelschen Weltgeistes."

conexionados en el yo. Aunque más tarde la reflexión propiamente dicha vino ha confirmar mi impresión, este momento fué decisivo para mi modo de pensar (257). Pero este "yo" es un yo vacío, que nada tiene que ver con el *yo personalizado e inmortal* de la filosofía cristiana y unamunesca. También KANT era subjetivista — por lo menos se habla del "subjetivismo" de KANT — y, sin embargo, ni en teoría del conocimiento ni en Ética fué "solipsista" ni, por tanto, "imperialista"; ¿cómo podría serlo el autor de la *paz perpetua?* Más bien podría verse en el "espíritu universal" de los hegelianos la hipóstasis semimetafísica del "yo trascendental" de KANT. También KELSEN profesa el subjetivismo en Teoría del conocimiento y no lo considera incompatible con su concepción "objetivista" del mundo. Esto prueba que el dilema no está perfectamente planteado. No se trata de la oposición de dos teorías del conocimiento sino de la oposición de dos concepciones éticometafísicas. El problema es la *actitud ante ciertos valores*.

Quien reduzca los valores a utilidades biológicas procederá como un consecuente subjetivista. Quien, por el contrario, afirme que no los valores a la vida, sino la vida ha de subordinarse a los valores, obrará como verdadero objetivista, es decir, reconocerá la *objetividad de los valores*. Pero ahora cabe que entre esos "valores objetivos" se coloquen en primer rango los *valores personales*, con lo cual surgirá un nuevo género de "individualismo"; pero sería un error pensar que esto a tanto equivaldría como a la proclamación del "solipsismo", pues justamente sería lo contrario. Poner en primer plano los valores de "la" persona no es lo mismo que no reconocer más el valor que el de "mi" persona, pues esto implicaría directamente el desconocimiento del valor de las otras personas como un "valor objetivo" (257 bis). Por lo demás, aquí

(257) Cit. por Messer, *Filosofía actual*, ps. 153 y ss. Sobre la antítesis de individualismo y universalismo, cfs. Spann, *Gesellschaftslehre, Wahre Staat, Kategorienkehre, Gesellschaftsphilosophie*, etc. Véase más adelante el capítulo dedicado al estudio de la "soberanía" y la construcción del Derecho internacional así como nuestro estudio citado: *La validez del Derecho inernacional*. La "doctrina de la integración" aspira a superar la antítesis ético-sociológica de individuo y comunidad; cfs. Litt, *Individuum und Gemeinschaft* y Smend, *Verfassungsrecht*.

(257 bis) En este sentido, Hauriou, que se orienta en la filosofía

está la verdadera oposición de concepciones en que piensa KELSEN y cuya verdadera formulación es ésta: o *personalismo* o *panteísmo*. El panteísmo desconoce todo valor personal y es, en ese sentido, "antisubjetivista" y "universalista". Pero el "personalismo" no es necesariamente lo que KELSEN entiende por "subjetivismo" e "individualismo". La concepción cristiana se distingue de toda otra por un personalismo sublime. En el Cristianismo el alma no se anega en Dios, como en las religiones orientales, sino que, al contemplarle, se mantiene separada de Dios. Al monopsiquismo y a la creencia oriental en la metempsícosis ha de corresponder siempre el pensamiento de la despersonalización. En cambio el personalismo cristiano ha de imponer siempre la exigencia de la propia realización. Es un pensamiento completamente cristiano, dice LANDSBERG, el de que la personalidad es la dicha suprema de las criaturas terrenales; pero esa personalidad sólo puede realizarse como miembro de la comunidad y no puede concebirse aislada. Hasta los bienaventurados forman una comunidad, la comunidad ideal por excelencia, la "Comunión de los Santos". Doctrina incomparable que un filósofo egregio como MAX SCHELER — ciertamente, el MAX SCHELER anterior a 1922 — había de incorporar a su "Ética del personalismo" que era al mismo tiempo "Ética del solidarismo". Pero para KELSEN la persona es una ficción; la persona son las normas, pues a tanto equivale decir que es "la personificación de un complejo de normas". Y esto es la esencia del panteismo. Hacer de toda persona viva (Dios, Estado, individuo) una construcción normativa, y negar la característica de lo personal: la *decisión;* tal es el panteísmo kelseniano.

DUGUIT advirtió sutilmente cómo en el seno de la doctrina jurídica de KELSEN latía un desenfrenado panteísmo: "si se identifica Estado y Derecho como lo hace KELSEN — dice (258), — parece harto difícil establecer una limitación del Estado por el Derecho y, en efecto, ya no he encontrado traza de ello en la obra

tradicional (antisubjetivista) es, empero, un decidido defensor del "individualismo" (recuérdese su concepción del *individualisme faillible*). Su doctrina la ha calificado Gurvitch de "personalismo jerárquico" (*Archiv. Phil. du Droit*, 1-2.)

(258) Duguit, en *Rev. Droit public*, 1927, p. 573.

considerable de KELSEN. Cuanto más avanzo en edad me voy convenciendo más de que todas las especulaciones jurídicas son vanas si no llegan a determinar de manera positiva el fundamento sólido de una limitación jurídica puesta a la acción de los que detentan, en una sociedad dada, la mayor fuerza, sean individuos, grupos o clases sociales. Repito que no comprendo cómo este fundamento pueda ser establecido si el Estado y el Derecho se confunden, si todo el Derecho es el Estado y el Estado es todo el Derecho. En una palabra, el *panteismo jurídico de* KELSEN me parece, hasta prueba en contrario, la misma negación del Derecho público".

§ 56. PANTEISMO (cont.). — Este "panteismo jurídico" de KELSEN tiene sus raíces en una concepción panteista del mundo. Pero esa concepción es, para KELSEN, la única actitud científica. Las ciencias naturales deben su desarrollo a la adopción del punto de vista monista, superando el dualismo teológico. En cambio la teoría del Estado se halla, aún, en el estadio mitológico porque, a la manera de la Teología, opera con un dualismo; Dios y naturaleza son los correlatos teológicos de Estado y Derecho. Y a la superación del dualismo teológico, es decir, a la era panteísta, debe corresponder en la teoría del Estado la era de la "teoría pura del Derecho", que disuelve el Estado en el Derecho.

Existe un real paralelismo entre los procedimientos de la Teología y de la Teoría general del Estado. He aquí, según KELSEN, sus principales momentos:

a) Estado y Dios

Mientras la Mitología como Teología del politeísmo coloca tras la naturaleza *una multitud de dioses*, la Teología del monoteísmo se conforma con una única hipóstasis. Y así, al concepto de Dios uno y único de la Teología judeo-cristiana, corresponde el Estado uno y único de la Teoría del Derecho. A estudiar este paralelismo dedica KELSEN parte de un libro "Concepto sociológico y concepto jurídico del Estado" (259). Pero ya en un trabajo ante-

(259) Kelsen, *Staatsbegriff*, cap. XI.

rior (260) había insinuado que la personificación del orden jurídico o del universo en una "voluntad" estatal o divina, es, tan sólo, una "economía del pensamiento" que busca una estructuración lógica, libre de contradicciones internas, para el complejo de hechos de la vida jurídica o de la naturaleza. Y antes, en los *Hauptprobleme*, sospechaba que Dios no era sino el "punto ideal de imputación" de los fenómenos de la naturaleza. Ahora se trata de seguir al detalle otra curiosa paralelidad de relaciones entre Estado y Derecho, de una parte, y de Dios y naturaleza, de otra; problemas que, además, son los problemas capitales de las respectivas ciencias: Jurisprudencia y Teología.

La teoría del Estado considera a éste como un ser trascendente al Derecho. El Estado está fuera y sobre el Derecho. Por eso, cuando se trata de determinar las propiedades del Estado sólo se alcanza a asignarles cualidades negativas. La llamada "soberanía" no es otra cosa que la afirmación del Estado como un absoluto, en el sentido de un *más alto poder* — al que nadie limita, sobre el que no hay otro, y de ahí la representación del Estado como "primera causa" — o de un más alto bien, o de una más alta voluntad. El poder del Estado es un "poder omnímodo" al menos en sentido normativo, es decir, un "poderlo todo jurídicamente". De ese modo, como "fuente" del orden jurídico el Estado es "persona metajurídica" — para distinguirla de la "persona del Estado" sometida al orden judídico; — es persona en sentido de "substancia" inmutable frente a las mudables y contingentes relaciones de Derecho, de las que es unitario portador *(Träger)*. De aquí la cualidad de "unicidad"; la soberanía de un Estado es incompatible con la de otro.

También el concepto de Dios de la Teología cristiana se caracteriza por su trascendencia. Dios es "No-mundo" (261), lo opuesto al mundo; sólo de ese modo es posible una Teología autónoma, al lado de la ciencia natural — como por la trascedencia del Estado es posible una doctrina autónoma del mismo, al lado de la Teoría del Derecho. — De Dios sólo pueden predi-

(260) Kelsen, en *Grünhut's Zeitschrift*, 1913.
(261) "Nichtwelt" lo llama Kaftan, cit. por Kelsen, ob. cit., p. 223.

carse cualidades negativas: Dios es el absoluto (262). El poder absoluto de Dios es su Omnipotencia, su "absoluta causalidad" y "absoluta substancialidad", y si Dios es absoluta substancia, será también "absoluta persona". Esta "personificación" es supuesto necesario del concepto transcendente de Dios. Renunciar a personificarle es renunciarle (263). Esta "persona" ha de ser única e incompatible con toda otra. Lo que en el Estado la soberanía, es aquí la norma del Decálogo: Yo, *el Eterno, tu Dios, soy uno y único* y: *no debes adorar a otro Dios junto a mí.* Ambas normas no son más que la "grandiosa expresión antropomórfica" de la validez inmanente a que aspira todo sistema normativo.

En cuanto personalidad, lo mismo que el Estado, Dios es también "voluntad". Obedecer la voluntad de Dios es servir a Dios, como obedecer la voluntad del Estado es servir al Estado.

b) Inmanencia de Dios en la Naturaleza y del Estado en el Derecho

Encarnación de Cristo y Autolimitación del Estado

La trascendencia — dualismo — de Dios sobre el mundo ofrece diversas dificultades. Con las propiedades de Dios es incompatible un mundo independiente de El. Sin embargo, el mundo, para existir, tiene que ser algo de la naturaleza de Dios. Dios es causa del mundo, providencia del mundo que ha creado. Pero el hombre, como parte del mundo, no podría formarse la menor idea de Dios si Dios no fuese algo de la naturaleza del hombre. La contraposición de Dios y mundo se convierte, así, en "independencia" de Dios respecto del mundo.

También el Estado es un ser distinto del Derecho — para la

(262) Es curioso que Kelsen llame "cualidad negativa" al atributo de "Absoluto" que se predica de Dios; ello se explica quizá por la influencia kantiana; pues, para Kant, Absoluto es sinónimo de Incognoscible, e incognoscible era idéntico de no-real. Claro que aquí radica precisamente el nudo de la cuestión, y ya hoy no puede la Filosofía mantenerse de acuerdo con estos conceptos ayer vigentes y hoy inactuales.

(263) Kelsen, *Begriff*, p. 225.

teoría clásica; — es de naturaleza metajurídica, está sobre el Derecho, le produce.

Pero el Derecho es al Estado — y el Estado al Derecho — tan esencial, que ni se concibe un Derecho sin Estado ni un Estado sin Derecho (264).

Y así como el problema es el mismo en Teología y Teoría del Estado, su solución — si es que hay solución para lo insoluble — es también idéntica.

Al dogma de la Encarnación de Cristo — Dios se hace hombre — corresponde la Teoría de la autolimitación — el Estado se hace Derecho porque se limita jurídicamente a sí mismo. En la persona de Cristo se verifica la unión mística de Dios y Mundo y, por tanto, la superación del dualismo; en la persona del *Estado de Derecho* se supera el dualismo del Estado metajurídico y orden jurídico.

Sin embargo, los teólogos, afirmando la inmanencia de Dios en el mundo — "realizada en la Encarnación" — acentúan la subordinación del mundo a Dios. Dios reina sobre el mundo como causa primera y como último fin; el mundo es un reino de súbditos, cuyo Rey no está en el Reino sino "sobre el Reino". Este modo de hablar, dice KELSEN, es harto sintomático. Demuestra la influencia de las concepciones políticas sobre la concepción de Dios, y Éste, que en tiempos fué considerado como un absoluto, se va convirtiendo poco a poco en un Dios constitucional y aun republicano (265).

(264) Kelsen, *Begriff*, p. 227.

(265) Kelsen, *Begriff*, p. 228, nota, donde se cita la obra de A. L. Houet: *Der absolute, konstitutionelle u. republikanische Gott*, en *Religion und Geisteskultur*, V. Jahrg., p. 69: "Dort (en la obra de Houet), wird der Gedanke durchgeführt, dass die Gottesvorstellung von der jeweiligen politischen Grundvorstellung beeinflusst werde. *Gott war einst absolut und ist im Laufe der Jahrhunderte immer konstitutionelle geworden.* Der Gott der mittelalterlichen Theologie *ist an nichts gebunden* (sic!), *nicht einmal an die Gesetze der Logik* (sic!). Die Unberechenbarkeit ist seine charakteristische, seine oberste Eigenschaft! Gott ist ex lex! Aber der Gott der modernen Theologie musste sich Schritt für Schritt, wie alle moderne Könige, eine Konstitution gefallen lassen. An alle Dinge, an die er früher nicht gebunden war, an die wurde er gebun-

Pero Dios pertenece al mundo sólo en tanto que pertenece a Cristo; en Cristo es Dios, pues, nuestra propiedad y posesión. Nos pertenece y le pertenecemos.

La inmanencia de Dios en el mundo se debe, por tanto, a un hecho: a Cristo.

También la orientación jusnaturalista de la Teoría del Estado concibió la unión de Estado y Derecho como un postulado político, realizado históricamente en el "Estado de Derecho". Pero la doctrina positivista debe enseñar que tal unidad es un "postulado lógico" y no hecho histórico alguno porque *todo* Estado es, por esencia, orden jurídico y todo Derecho orden estatal; de modo análogo a como la dirección teológico-panteísta ve en Cristo un "símbolo eterno" y en la Encarnación no un hecho real sino una "vivencia" que toda alma humana puede experimentar. "En todo hombre se realiza la Encarnación, porque Dios es, por esencia, idéntico con el mundo" (266).

c) La teoría de las "dos naturalezas" en la Teología y la Jurisprudencia

La Teología enseña las dos naturalezas de Cristo: Dios y hombre. Esta doctrina forma el objeto de la llamada *cristología*. Dios-Hijo se subordina al Dios-Padre. También el Estado "se hace"

den... Das Gottesbild wurde — wie jedes mal — ein Abbild seiner Zeit. Der Himmel wurde zum Abild der jeweiligen Welt." Decir que el Dios de la Teología medieval no estaba ligado ni a las leyes de la Lógica implica un defectuosísimo conocimiento de la Teología medieval que precisamente afirmó lo contrario: el Logos divino no podía ser para los santos racionalistas de la Edad media un Irracional; Duns Scoto y Guillermo de Occam, con su "voluntarismo", fueron los que, al fin de la Edad media, introdujeron en la Teología puntos de vista que nada tenían que ver con los de Santo Tomás, por ejemplo, creando así las premisas del movimiento reformista religioso. Lutero, como está demostrado, no conoció las obras de Santo Tomás, y ya por eso no pudo combatir la auténtica representación que de la Divinidad se hacía la Edad media (cfs. sobre esto la bella obra de Landsberg: *La Edad media y nosotros*, versión española de la *Revista de Occidente).*

(266) Kelsen, *Begriff*, p. 230.

Derecho, pero se conserva, aún, la doble relación de supra e infraordinación. Cristo obedece al Padre, pero como Padre e Hijo son; Dios, Dios se obliga a sí mismo. Mas la dificultad que se plantea a ambas disciplinas es esta: ¿cómo puede Dios ser al mismo tiempo finito e infinito, débil y omnipotente?

¿Cómo puede el Estado, a la vez, crear el Derecho y limitarse por el Derecho?

Así, la Teología llega apenas a producir un ser híbrido y la Teoría del Estado se encuentra con un ser fabuloso, creado por ella misma, medio orden jurídico, medio ser natural. Las dos naturalezas del Estado — ser jurídico y hecho de poder — duplican su doctrina en una doctrina social y una doctrina jurídica del Estado. Son dos maneras de considerar el mismo objeto, así como Teología y Cristología son dos puntos de vista que consideran la misma cosa; pues la Teología se pregunta: ¿cómo conocemos a Dios? y contesta: por su enviado Jesucristo; la segunda pregunta: ¿qué sabemos de Jesucristo? y contesta: que es Dios (267). ¿Hace falta mejor prueba para probar el parentesco de la Teología y la Teoría del Estado? (268).

d) Teodicea e ilegalidad del Estado

En la doctrina dominante, atribuir una ilegalidad al Estado es tan imposible como imputar un pecado a Dios.

Y, en efecto: ilegalidad del Estado es una contradicción en los términos. Hay ilegalidad del órgano del Estado, no del Estado mismo. Esta solución es análoga a la que intenta la Teología; el mal tiene su origen en la libre voluntad de la criatura humana; imputárselo a Dios es una contradicción. Pero en estas soluciones hay algo de insatisfactorio. Pues así como en la Teología el hombre sólo es tomado en cuenta como creación de Dios, así también en la Jurisprudencia sólo interesa en tanto que sujeto de Derecho, en cuanto creaación del Derecho; y entonces debe ser una antinomía que habrá que evitar imputar un pecado o una *iniuria* al

(267) Kelsen, *Begriff*, p. 233.
(268) Kelsen, *Begriff*, p. 233.

hombre, pues siendo creado, habrá que imputársela al creador. La persona física es sólo personificación de una parte del orden jurídico. Por eso, el sujeto de Derecho no puede al mismo tiempo, ser sujeto de lo contrario, de la ilegalidad, supuesto que la ilegalidad es negación del Derecho como el pecado es negación de la divina voluntad. El sistema del Derecho no puede comprender su negación, la ilegalidad.

Para salir de esta antinomía hay que variar de concepción. La iniuria no es negación del Derecho, sino condición del mismo. La proposición jurídica no es imperativo sino juicio hipotético que enlaza un determinado hecho — condición — con una consecuencia, en forma normativa. La iniuria es supuesto y no contenido de la voluntad del Estado — orden jurídico — y así puede hallar cabida en el sistema del Derecho. Análoga solución busca la Teología. Ya los tomistas enseñaban que el mal no es sino falta de bien y SCHELL afirma que el mal es obra de Dios en tanto que es bien, no en sí, sino en tanto que sirve al bien por relación final y por subordinación. De este modo, el mal tiene también cabida en el sistema de la creación, porque ya no es negación de la voluntad de Dios — que lo permite — sino condición de lo que Dios quiere (269).

Queda otro problema por considerar. Hemos dicho que el hombre, en el sistema de Dios, no entra en cuanto ser psíco-físico, sino en cuanto dotado de alma, es decir, hecho a imagen y semejanza de Dios. En el sistema del Derecho, el hombre interesa tan sólo en cuanto persona, creada a imagen y semejanza del Estado. Así, la Teología trata de comprender la antinomía Dios-Hombre en el concepto de alma, y la Jurisprudencia quiere resolver la oposición Estado-individuo en la unidad de la persona. Pero la ciencia jurídica ha cometido el error de contraponer al Estado — que no es "cosa de la naturaleza" — el hombre — ser biológico, — parangonando dos cosas que es imposible relacionar. La solución sólo puede hallarse en la reducción tanto de la persona-Estado como de la persona-individuo a una relación de proposiciones jurídicas. Persona jurídica es, en verdad, "alma ju-

(269) Kelsen, *Begriff*, ps. 236-237.

rídica" (270) y así la relación entre individuo y Estado es la misma que la que la mística busca entre Dios y alma; y en uno y otro sentido son, aún, análogas las soluciones; o se parte del individuo para sobre él edificar el Universo, o se parte del Universo para disolver en él al individuo. Individualismo y Universalismo son los dos polos tanto de la experiencia política como de la religiosa (271).

Más aún: Obsérvese que la concepción de la "libertad" de la persona, tiene influjos religiosos. "La hipótesis de que la voluntad humana es libre, nació en la Teología de la necesidad de no imputar el pecado a la persona de Dios (272). Entonces se buscó una "fuente del mal" y se la halló en el diablo. *Determinismo y Satanología* van, por eso, íntimamente enlazados, como tenemos buena prueba de ello en Lutero (273).

Pero a medida que la creencia en el diablo decae ha sido preciso otro punto de imputación para el mal, y éste ha vuelto a ser imputado al hombre. Esto, lógicamente, implica que también lo bueno le debe ser atribuído: "el hombre no debe ser sólo su propio diablo, debe ser también su propio Dios" (274). Entonces, en lugar del dualismo Dios-diablo, aparece un "pluralismo": Dios y almas particulares "libres". Esta libertad no tiene nada que ver con la causalidad natural y por eso no es negación de la causalidad. Persona y voluntad, conceptos idénticos, equivalen a "sistema de normas" que contienen un "punto final de imputación" de determinadas acciones; y es indudable que un "punto final" es la expresión de la unidad e independencia de un sistema de normas, y sólo en este sentido puede hablarse de libertad.

La voluntad como "fuerza" — psicológicamente hablando — es un abstracto mitológico; sólo existen "actos" de voluntad que son puro sentimiento, impresiones del sentimiento que sólo por su vaguedad se diferencian de las impresiones sensoriales (275). La

(270) Kelsen, *Begriff*, p. 239.
(271) Kelsen, *Begriff*, p. 239.
(272) Kelsen, *Begriff*, p. 240.
(273) Kelsen, Begriff, p. 240: "Der Mensch soll nicht bloss sein eigener Teufel, er soll auch sein eigener Gott sein."
(274) Kelsen, *Begriff*, p. 244.
(275) Kelsen, *Begriff*, p. 247. — Después de lo expuesto se compren-

"voluntad libre" — concepto ético-jurídico — sólo es posible como "punto de imputación" y por eso no es su contradicción la causalidad natural. Y una vez que se concibe la voluntad como sistema de normas, se ve que este problema es idéntico a este otro: la soberanía del Estado.

e) La creencia teológica-jurídica en el Milagro

El mundo, según la Teología, está supeditado a Dios; Dios, empero, no está supeditado al mundo. A esta creencia en la libertad divina responde el concepto del milagro. Un milagro es inconcebible para la Ciencia; pero es también algo tan íntimamente unido a la idea de Dios que FEUERBACH ha podido escribir: creer en el milagro es creer en Dios. No creer en el milagro es no creer en Dios. El milagro es un "prescindir de la naturaleza"; es, por tanto, un orden distinto y contrapuesto al orden natural. Este dualismo es un momento característico del método teológico, o mejor, en él radica, justamente, la esencia del método teológico (276).

También la Teoría del Estado es dualista. De una parte, sólo en tanto que determinado por el orden jurídico puede valer un acto como acto del Estado. Pero de otra, el Estado no está tan absolutamente ligado a las leyes jurídicas que no pueda, frente a ellas, recabar una cierta libertad; pues el Estado es un "poder metajurídico" — se dice corrientemente. El acto que, ciertamente, vale como acto del Estado, pero que es antijurídico e incluso ex-

derá que es, por lo menos, exagerado, el reproche de Sander sosteniendo que "wenn Kelsen behauptet, dass Theologie und Jurisprudenz *normative Disziplinen* seien, so muss, da Kelsen ja gerade für die normative Methode der Jurisprudenz eintritt, angenommen werden, dass Kelsen die Rechtswissenschaft auf theologischen Gedankenbahnen wandeln will. Und diese Annahme wird auch durch eine Analyse der Gedankengang der Kelsenschen Rechtslehre verstärkt (!): denn gerade Kelsen arbeitet durchaus mit jener formalen Logik, welche ein Kennzeichnen der scholastischen Theologie ist" — lo cual no es cierto en modo alguno respecto de Kelsen. Cfs. Sander; en *Z. öff. Recht,* Band II, p. 646; del mismo, *Kelsensrechtslehre,* ps. 65-66.

(276) Kelsen, *Begriff,* p. 246.

trajurídico, no determinable ni determinado por la unidad del orden jurídico, no imputable a la persona del Estado, sino que hay que referir a un orden extra o metajurídico, al orden de la voluntad del Estado-Poder, tal es el *milagro jurídico*.

La Dogmática católica enseña que así como Dios ha creado no sólo las cosas sino la ley natural que las rige, *allí donde sea posible* hay que buscar la explicación natural y evitar recurrir al milagro. Lo que traducido en términos políticos significa: mientras sea posible, recúrrase a la construcción jurídica; cuando deje de serlo — es decir, *cuando intereses políticos reclamen otra cosa* — cabrá recurrir a la explicación metajurídica, al milagro.

f) Panteísmo y teoría pura del Derecho

Superar el dualismo del método teológico es caer en el temido *Panteismo*, cuya afirmación fundamental es esta: que Dios y el mundo son la misma substancia. Esto puede expresarse en dos fórmulas, que responden a dos aspectos de la doctrina: *Pancosmismo* — Panteísmo cosmológico — que niega a Dios en favor del mundo; y *Acosmismo* — Panteísmo ontológico — que niega el mundo a favor de Dios. Sólo el primero es el verdadero enemigo de la Teología.

Por la superación del punto de vista jusnaturalista y político se puede también llegar a esta doble afirmación: el Derecho es el Estado; el Estado es el Derecho.

Entre Dios y Estado, como entre naturaleza y Derecho, hay no sólo un paralelismo lógico sino una real relación. El primer conocimiento de la naturaleza tuvo carácter mitológico-religioso. El concepto de ley es tomado, primeramente, en la acepción de *ley jurídica* y de ahí se desplaza al dominio de la naturaleza. Más tarde Dios y Estado coinciden. Hay un Dios nacional que es la divinización de la nación. Sólo a medida que van surgiendo dioses anacionales es posible la creación de una conciencia de la Humanidad. El Cristianismo posee un "Dios cosmopolita" pero el *nacionalismo* parece poner límites a esta idea en expresiones como la de "Dios es buen francés". Hoy, decaída la idea de Dios,

la idea del Estado — no precisamente la idea nacional, — el *fetichismo del Estado* le substituye en las conciencias.

Pero Dios y Estado no son más que hipóstasis de postulados contradictorios de las leyes naturales o jurídicas. FEUERBACH consideraba la Religión y la idea de Dios como producto de la fantasía. El hombre, que no puede satisfacer sus deseos en el orden de la naturaleza, imagina a Dios, que los satisface plenamente. También el Estado metajurídico es una expresión de intereses políticos cuya satisfacción contradice al orden jurídico. Superar el dualismo es crear, de un lado, una ciencia natural libre de la Metafísica y, de otro, una Jurisprudencia libre de las contaminaciones del Derecho natural *(reine Rechtslehre)*. Una vez que la Teoría del Estado haya dejado de ser "Teología del Estado" será posible, — del mismo modo que el concepto de Dios se absorbe en el de naturaleza, — subsumir el concepto de Estado en el Derecho positivo y construir una teoría del Estado como "teoría pura del Derecho".

* * *

Tales conceptos no han pasado sin protesta dentro de la misma escuela vienesa. Con gran energía los ha combatido el Profesor PITAMIC que, como jurista, acepta los principios de la "teoría pura del Derecho" (276 bis). Es un inútil empeño de KELSEN explicar o pedir que se explique de modo plenamente satisfactorio la relación de Dios y mundo, pues la trascendencia de Dios lo impide. Que esa relación es un misterio, es innegable, pero *también la creación era ya un misterio.* Pero la creación no puede ser concebida como una "causación" en el sentido de las ciencias naturales y, por consiguiente, en tanto que Dios es Dios y Creador, ha de ser trascendente.

La creación es misterio, pero *también la no creación es otro misterio;* pues de no admitir la creación hay que admitir la eternidad de la causalidad; algo perfectamente inconcebible. Esto muestra que es equivocado equiparar la autolimitación del Estado a la Encarnación de Cristo que es algo hiperracional y que,

(276 bis) Pitamic, en *Z. öff. Recht,* Band III.

por tanto, no puede tener análogos en el mundo de la naturaleza (277).

KELSEN ve una imposibilidad lógica en concebir dos sistemas independientes, uno junto a otro, el de la libertad de Dios y el de la legalidad de la naturaleza, sistemas que mutuamente se excluyen. Pero, ¿sería "lógicamente posible" pensar al Creador de la naturaleza sometido a la legalidad de la naturaleza, que es su creación? La creación es un milagro, pero también el milagro es una creación. KELSEN piensa que lo "característico" del método teológico está en esa aceptación de un orden sobrenatural de la voluntad divina "junto", pero diverso e independiente, al orden de la naturaleza. Esta afirmación es gratuita: la *Teología no puede aceptar más que un orden,* el orden divino, desde el momento que parte del supuesto de la omnipotencia divina y el orden de la naturaleza es un orden no "independiente" sino "querido", *delegado* por Dios que queda, así, superior a él y al que no puede supeditarse; lo mismo que la ley es delegada de la Constitución y no la Constitución de la ley. No hay duda que existe un patentesco real entre Teología y Jurisprudencia, pero lejos de reprochar a aquélla un supuesto método de la "doble verdad" y pedir que la Jurisprudencia supere el pretendido dualismo, se deberá mostrar el paralelismo existente entre la "necesidad de un punto de partida suprajurídico en la ciencia del Derecho y su real contacto con el Dios creador de la naturaleza y del espíritu aceptado por la Teología" (278).

Si KELSEN se cree obligado a renunciar a personificar al Estado como hoy, dice, la ciencia natural ha renunciado a personificar a Dios, hay que decir que va quizá más lejos en sus apreciaciones que esa misma ciencia natural tratando de ponerla en una contradicción imposible con la Teología. Pues la misión de la ciencia natural no es ni personificar ni despersonificar a Dios, sino estudiar la legalidad de la naturaleza con una legítima autonomía que ya fué conocida de Santo Tomás (doctrina de las "causas segundas"). Pero más allá de la Física está la Metafísica

(277) Pitamic, loc. cit., p. 549.
(278) Pitamic, loc. cit., p. 553.

que hoy renace, precisamente como "exigencia del pensamiento crítico". En cambio KELSEN no admite una Metafísica de lo Jurídico: el correlato jurídico de la naturaleza, el Derecho positivo es elevado a la categoría del deber ser; lo trascendente, la idea de Justicia, es rebajado a la esfera del ser natural objeto de la Sociología y Psicología explicativas.

Dios y mundo no son dos cosas incompatibles, como piensa KELSEN. Como correlato positivo de la persona está el mundo, de modo que a cada persona individual corresponde un mundo individual. Todo acto pertenece a una persona como todo objeto, por "legalidad esencial", pertenece a un mundo. Todo mundo es un mundo concreto, mundo de una persona. Y todo objeto del mundo interno como del externo, del corporal como del espiritual o incluso del puro reino de los valores es algo puramente abstracto que sólo considerado como parte del mundo de la persona alcanza concreción. Sólo la persona no es nunca "parte" del mundo, sino justamente su correlato.

Y cada uno de estos mundos, sin perjuicio de su "totalidad" forma parte de un "macrocosmos" cuyo correlato personal no puede ser más que una persona espiritual infinita, perfecta y — para cumplir la condición esencial de realidad — concreta. La idea de Dios, dice SCHELER (279), es dada con la unidad, identidad y unicidad del mundo. Tan absurdo es el desconocimiento de esta "conexión esencial" como todo intento de sustitución del Dios personal por la "razón universal", el "inconsciente transpersonal", etc. La idea de Dios es dada con la idea del mundo. Pero si todo ser existente supone una esencia individual y toda esencia individual una idea, el ser existente es el ser más condicionado e hipotético y las ideas son el único, absoluto y suficiente ser.

Y el ser en quien el orden real aparece confundido con el orden ideal es Dios.

Por lo demás, es un mérito de KELSEN haber señalado estas afinidades metódicas entre la Teología y la Jurisprudencia, con lo cual ha prestado un servicio inestimable para la sociología de su pensamiento. Por otra parte, ha revelado con ello la íntima

(279) Scheler, *Formalismus,* principalmente ps. 408 y 411 y ss.

heterogeneidad de su punto de partida epistemológico y de su "democrático" resultado, muy de acuerdo con su concepción del mundo. Su identificación de Estado y Orden jurídico se apoya en una metafísica que identifica la legalidad natural con la legalidad normativa. Su democracia es la expresión de un cientifismo libre de todo dogma y toda milagrería. KELSEN representa así el cabo de una línea evolutiva que se orienta decididamente en el sentido de la impersonalización. El Estado kelseniano es impersonal como es impersonal el Dios del panteísmo. Ya nuestro DONOSO CORTÉS había visto que a la negación panteísta del Dios personal correspondía la negación "republicana" del poder personal. Y, sin embargo, en la descripción que hacía TOCQUEVILLE de la democracia americana decía que en el pensamiento democrático el pueblo está sobre toda la vida política como Dios sobre el mundo, como causa y fin de todas las cosas, de quien todo procede y a quien todo retorna. Esto prueba el cambio de concepciones que durante el siglo XIX se ha operado en la "Teología política" y en la Metafísica.

Pero este panteísmo es, a su vez, algo condicionado y sujeto a la evolución ulterior de las mismas concepciones teológicas y metafísicas. La filosofía inmanentista mantiene el concepto de Dios, subsumido, por así decirlo, bajo el concepto de universo, pero el hegelianismo de izquierda, más consecuente, propugna un ateísmo radical. En esto fué de la mano con PROUDHON: *la humanidad en lugar de Dios*. Políticamente este ideal se traduce en la libertad anarquista. Por eso decía ENGELS, en uno de sus escritos de juventud, que la esencia del Estado y de la Religión consisten en el temor que la humanidad siente ante sí misma. En consecuencia, frente a la metafísica panteísta o atea hay que afirmar el teísmo y el personalismo. La consecuencia política será la corrección del extremado objetivismo político-jurídico kelseniano. Sin renunciar a la *teoría pura del Derecho* habrá que afirmar la autonomía de la *teoría del Estado* (sociológica y filosófico-social) y poner en su base el factor creador, personal de la *decisión* (279 bis).

(279 bis) Cfs. Schmitt, *Politische Theologie*, cap. III. Desde el punto de vista de la democracia ha insistido en el factor personalista y deci-

§ 57. PRAGMATISMO (ECONOMÍA MENTAL Y DEL VALOR). — El principio de "economía del pensamiento" ha sido formulado, ante todo, por MACH y más o menos, por SPENCER y AVENARIUS. Para MACH lo "positivo" son los colores, sonidos, presiones, calores, perfumes, espacios, tiempos, etc., que hallamos ante nosotros. Estos hechos son los "elementos" que, si dependen de circunstancias internas a nuestro cuerpo, se llaman "sensaciones". Los recuerdos, representaciones, sentimientos, voliciones, conceptos se construyen con los rastros que dejan las sensaciones: y éstas son los "únicos" elementos de la vida psíquica. Más allá de las sensaciones no hay nada: el problema de la "cosa en sí" es un falso problema. Las ciencias especiales investigan la múltiple y universal dependencia de los elementos. Los hechos positivos son "copiados" en pensamientos. Cuando el físico enuncia la proposición siguiente: la duración de las oscilaciones pendulares es independiente de la amplitud de la oscilación, ha condensado en esta proposición un gran número de observaciones, es decir, de complejos de sensaciones. Contiene, pues, dicha proposición, no sólo una copia, sino al mismo tiempo una simplificación de los hechos. Tales proposiciones facilitan de este modo al hombre la posibilidad de hallar un orden en el tumulto de las sensaciones; significan un aligeramiento y un ahorro de fuerza para el espíritu; se somete al principio de la *economía del pensamiento*. Realizan esto, porque reunen una masa de experiencias antecedentes en la forma más breve posible, y orientan nuestra conducta futura. En esta adaptación de las ideas a los hechos y de los hechos a las ideas, *en la economía del pensamiento y su fecundidad para la acción, consiste su verdad*. La verdad no consiste en una referencia de nuestras ideas a un mundo real distinto de nuestros contenidos de conciencia (sensaciones). No existe tal mundo; hablar de "cosas" y de "yos" es "metafísica", ilícita duplicación de los hechos (280).

sionista Heller, *Souveränität*, especialmente caps. I, V y VI, y *Europa und der Faszismus*, ps. 66 y ss. Véase también mi escrito acerca del *Estado del Derecho*, cap. VI (*Teología política*).

(280) Véase una sucinta exposición de las ideas de Mach en Messer,

También KELSEN hace uso de este postulado. Lo jurídico, antes de ser "determinado", es un tumulto de "sensaciones" — relaciones de fuerza — dadas a la "conciencia jurídica" — la Jurisprudencia; — en esas sensaciones hay que introducir un orden, hay que hacer con ellas una construcción normativa y eso se consigue mediante la elección de un punto de partida que las reduce a unidad: tal hace la "hipótesis jurídica". Así traslada KELSEN al dominio normativo un principio de las disciplinas explicativas; a la economía del pensamiento corresponde la "economía del valor". Debe ser elegida una tal hipótesis que permita concebir como adecuados a las normas la mayor cantidad posible de hechos: ahí entra en juego el "mínimum de eficacia" requerido en la "norma fundamental" para considerar un orden como válido.

Ahora se verá claro que *la hipótesis originaria depende, en* KELSEN, *tanto de* KANT *como de* MACH; lo que antes se nos había aparecido nada menos que como el *correlato del yo trascendental* nos ofrece ahora su otra cara y se nos presenta como *un medio útil del yo empírico,* del "jurista", que elige hipótesis sin más limitación que la de sujetarse al principio económico. La norma hipotética, "condición trascendental de toda experiencia" se la hace depender por KELSEN del mismo "yo empírico" cuya función cognoscitiva ha de posibilitar. La realidad es que con la aceptación de este principio, KELSEN "se aleja por todo un mundo" de KANT (281) y que la aún aparente coincidencia entre uno y otro depende precisamente de la "desmetafisización" de KANT; sólo cuando se admita que "nada" hay "más allá" del pensamiento cognoscente y que, por tanto, "todo" es "producido" por el pensamiento — no ciertamente en su "realidad", (por lo demás, puramente "fenoménica"), sino en su "ser objeto" — podrá el kantismo degenerar a ese extremo: ninguna necesidad obligará a reconocer algo no ya como objetivamente válido, pero ni siquiera como "condición" de lo válido; al contrario, esa misma condición será elegida a mi medida — según "convicciones" subjetivas; —

ob. cit., ps. 150 y ss. Cfs. también Jöckel, *Kelsensrechtstheoretische Methode,* ps. 68 y ss.

(281) E. Kaufmann, *Kritik der Neukantianer,* p. 26.

todo criterio de verdad desaparece: concepciones opuestas son igualmente "verdaderas" — jurídicamente — si se acomodan al principio de economía del pensamiento; su verdad es su "utilidad": su "utilidad para el Jurista". Pero esto no tiene ya nada que ver con KANT.

La "economía mental" es doctrina puramente "psicologista". Se atiene al lado empírico de la ciencia y, como dice HUSSERL (282), "los altos árboles ocultan el bosque": es decir, considera la ciencia como manifestación biológica y no se da cuenta de que deja intacto el problema epistemológico de la ciencia como unidad ideal de verdades objetivas. La tendencia ideal del pensamiento lógico, como tal, es *racionalidad*. No tiene sentido hablar de "economía mental" sin dar por supuesta la validez ideal de esta norma, así que este valor no puede ser ya un fruto de aquella economía (283).

Es fácil reconocer que el pensamiento más "económico" no es necesariamente el más "justo" y que confundir lo "útil" con lo "verdadero" suprimirá el concepto de verdad. Lo biológicamente favorable será, sin duda, muy distinto según las diversas organizaciones. La misma idea podría, pues, ser útil para uno, nociva para otro y, por lo tanto, al mismo tiempo "verdadera" y "falsa". Así mismo debería la verdad, como la utilidad, tener diversos grados y variar como aquélla, de modo que la "verdad" de hoy puede ser "falsedad" mañana; y, en definitiva, la misma doctrina fundamental del pragmatismo, es decir, que lo verdadero es lo biológicamente útil, no podría considerarse como "ver-

(282) Husserl, *Logische Untersuchungen*, I, p. 210.

(283) Husserl, ob. cit., p. 208: "Vor allem Denkökonomische müssen wir das Ideal schon kennen, wir müssen wissen, was die Wissenschaft idealiter erstrebt, was gesetztliche Zusammenhänge, was Grundgesetze und abgeleitete Gesetze u. dgl. idealiter sind, ehe wir die denkökonomische Funktion ihrer Erkenntnis erörtern und abschätzen können. Allerdings haben wir gewisse vage Begriffe von diesem Ideen schon vor ihrer wissenschaftlichen Erforschung, und so mag denn auch von Denkökonomie die Rede sein vor dem Ausbau einer Wissenschaft der reinen Logik. Aber die wesentliche Sachlage wird dadurch nicht geändert, an sich gehet die reine Logik aller Denkökonomik vorher, und es bleibt Widersinn, jene auf diese zu gründen."

dadera" (en el sentido tradicional), sino como "biológicamente útil". Y si rechazamos esta confusión de lo "útil" con lo "verdadero", por incompatible con nuestro sentido de la verdad, no deberemos, naturalmente, sostener que el conocimiento de la verdad se revele regularmente como útil. Presupuesta la diferencia entre los conceptos de "verdadero" y "útil" ya no es posible negar que se dan casos en que es nocivo conocer la verdad. Así, por ejemplo, en tiempo de guerra se advierte vivos esfuerzos para impedir el conocimiento de lo verdadero y para propagar lo falso, porque se espera de ello utilidad (284).

Y con el problema de la verdad se relaciona la cuestión de la "hipótesis" y de la posibilidad de su aplicación al proceso del conocimiento. Sin duda, tal posibilidad ha de afirmarse. Frecuentemente es necesario recurrir al uso de hipótesis para la explicación de los hechos. Pero un hecho objetivo no es "real más que en una forma" (285) y, por eso, la hipótesis autorizada no sirve sólo para indicar un camino cómodo, sino que su finalidad es justamente alcanzar la verdad. La hipótesis es un instrumento, un medio de ahondar en una realidad que no experimenta en su esencia variación alguna porque se la caracterice de esta o aquella forma. Pero es un error, del que también KELSEN participa, creer que la hipótesis "constituye" (crea) la realidad. El *ser* trasciende al *objeto,* como trasciende al *sujeto,* y es el hogar común en el que uno y otro se prolongan y se encuentran. Con el método no podemos nunca crear una realidad, sino sólo obtener una *perspectiva* de una realidad que nos es dada (285 bis).

(284) Messer, *Filosofía actual,* p. 162: "La idea fundamental del pragmatismo se encuentra en Mach: *un conocimiento (es decir, un juicio verdadero), es siempre una experiencia psíquica inmediata o inmediatamente útil para la vida. Al contrario, un juicio que no resulta eficaz, lo caracterizamos como error.*"

(285) Jöckel, *Kelsens rechtsth. Methode,* p. 184: "Der Gebrauch von Hypothesen zur Deutung eines Sachverhaltes ist oft unerlässlich. Der Zweck solcher berechtigter Hypothesen ist jedoch die Einsicht in einen Sachverhalt, der nur in einer einzigen Form wirklich ist."

(285 bis) Cfs. acerca de este problema filosófico: Bergson, *Les données inmédiates de la conscience;* Le Roy, *La pensée intuitive;* Chevalier, *Bergson* y *Le concept et l'idée;* Messer, *El realismo crítico;* Sauer, *Phil. der Zukunft* y *Fil. jurídica;* Hartmann, *Metaphysik der Erkenntnis.*

En fin de cuentas, el pragmatismo es el opuesto del racionalismo absoluto, pero procede de él por vía directa. Son la tesis y la antítesis fundidas en la síntesis del subjetivismo. Toda reacción contra el "panlogismo" está cercana de la actividad pragmática: son la Scila y Caribdis del pensamiento. El resultado es el mismo si la reacción se verifica a impulsos escépticos o en nombre de un pretendido "misticismo" que, en verdad, es un género de "irracionalismo". Negar lo "absoluto" o declararlo, como BERGSON, radicalmente inaccesible a los "conceptos de la inteligencia" que "no pasan de la superficie", y para cuyo conocimiento hace falta una nueva facultad, viene a parar a lo mismo: pues la "intuición" es dada a pocos y la mayoría siguen pensando por conceptos, a los que se les deniega todo valor o a los que no se les concede más valor que el de su "utilidad".

El pragmatismo de KELSEN es fundamentalmente "relativismo"; porque es relativista hace de la "hipótesis jurídica" no tanto un modo de explicar un determinado orden jurídico, sino un instrumento creador de la juridicidad de un orden de relaciones sociales. Es decir, la hipótesis jurídica, elegida por motivos subjetivos, es la creadora de la "verdad jurídica".

§ 58. PRAGMATISMO (FILOSOFÍA DEL "COMO SI"). — VAIHINGER es, fundamentalmente, un sensualista, como MACH; lo positivo, lo objetivamente dado son sólo las sensaciones y sus conexiones. El "yo" es una ficción (es decir, una suposición conscientemente falsa), así como las "cosas" con su "propiedades" y la "casualidad". Ésta, como las demás categorías, no son sino *medios económicos de dominar las sensaciones;* no tienen originariamente otro fin. Nacen de esta necesidad práctica y su número y sus clases especiales son determinados por las distintas formas exteriores del ser a las cuales debe acomodarse el espíritu. La ficción tiende, pues, a conocer la realidad, pero por medio de una consciente *contradicción con la realidad*. Pero el hecho de que no aprehendamos la realidad por las categorías, no debe disminuir en nada el valor de éstas. Podemos y debemos seguir hablando "como si" existieran cosas y almas: pues estas ficciones son biológicamente útiles. Esta justificación vale para toda clase

de ficciones. ¿Será forzoso abandonar las creencias metafísicas y religiosas por el hecho de que sea imposible probarlas? ¿No podrán ser valiosas para los hombres por cuanto les ayudan a soportar la existencia y — como ideales éticos — les dan fuerza y confianza en la acción moral? (286). Pero la base de la Religión y de la Ética son "ficciones", algo supuesto, hipotético, la realidad de un ser realísimo fuera de la realidad o la hipótesis de la libertad: puras ficciones, aunque no mayores que la ficción del átomo sobre la que aún se basan las ciencias físicas. El parentesco de esta teoría con la de la "economía mental" no puede, pues, ser más cercano. La diferencia es el mayor radicalismo de la filosofía del *como si* que declara a la ciencia absolutamente incapaz de alcanzar la realidad. Su esencia y su fin se reducen a posibilitar el obrar (287).

Kelsen dice que si por ficción ha de entenderse un medio de conocimiento de la realidad, una ciencia como la Jurídica, cuyo fin no es conocer la realidad, no puede hacer uso de las ficciones. Por eso, las que Vaihinger llama "ficciones del Derecho" no son tales ficciones.

De hecho, Vaihinger tuvo presente en su elaboración la teoría de las "fictio juris" del Derecho Romano, encontrando analogías entre el proceso lógico que lleva a la necesidad de la "fictio" en los casos en que la ley establece que algo no sucedido se tenga por acaecido o, al contrario, que un caso singular forme parte de una relación analógica, de modo que contradiga fuertemente a la realidad, y el proceso del pensamiento en general que en el acto del pensar pone construcciones conceptualistas que no solamente contradicen a la realidad, sino que en sí mismas son contradictorias (por ejemplo, el concepto de átomo, el de cosa en sí) (288). Pero esto no son propiamente ficciones. El legislador no puede "fingir" nada porque es todo poderoso en el sentido de que su misión consiste únicamente en enlazar consecuencias jurídicas

(286) Messer, *Fil. actual*, ps. 156 y ss. Cfs. Jöckel, ob. cit., ps. 74 y ss. y 189 y ss.

(287) Messer, ob. cit., p. 157. Cfs. Castiglia, *Riv. int. di Fil. del Diritto*, 1926, ps. 102 y ss.

(288) Castiglia, loc. cit., p. 107.

a ciertos hechos. Una ficción de la ley es tan imposible como una ficción de la naturaleza. Por eso no hay ficción en la proposición del Derecho inglés: *the King can do no wrong*. Pues la "ilegalidad" no es ningún hecho de la naturaleza; la ilegalidad existe sólo por relación a una norma. Sólo si el asesinato está castigado es delito asesinar. Y el Rey no podrá, de hecho, cometer ilegalidad si no hay una norma que establezca castigo o ejecución para sus acciones (289). Tampoco es ficticio separar Derecho y Moral "como si" fuesen distintos. La ciencia Jurídica es tal ciencia sólo si es "más alta" respecto de toda otra, es decir, si no "deriva" de ninguna. Derecho y Moral no están en relación de "dos sectores de realidad", pues como "fenómenos reales", como "dos importantes dominios de la vida" ya no son objeto del conocimiento normativo. No se les "separa", pues: "son" distintos.

Y, sin embargo, las posibilidades de aplicación de la filosofía del como si quedan intactas para la ciencia jurídica. No hay "ficciones del Derecho", sino *ficciones de la ciencia jurídica*. No hay que objetar nada al concepto que VAIHINGER tiene de la ficción, sino al uso que hace en el Derecho: es un concepto más bien algo estrecho y basta con ampliarlo de manera que pueda ser aplicable a la Jurisprudencia. *En lugar de decir que la ficción tiene por objeto conocer la realidad, se dirá que su fin es conocer el objeto en su "generalidad"*. Entonces se verá claro que el concepto de "persona jurídica" es una ficción. La persona no es más que la *personificación de un complejo de normas* y esta personificación es una "ayuda" del pensamiento que, por ese medio, puede concebir el orden jurídico como objeto. Pero el concepto de persona jurídica deviene contradictorio si el objeto se "desdobla" en dos y se piensa que la "persona" es algo real. El llamado "derecho subjetivo" no es más que una hipóstasis indebida del mismo Derecho objetivo que hace referencia a una persona. Particularmente el "sujeto de derecho" es símbolo de las que VAIHINGER llama *ficciones personificativas* y no es más que la hipóstasis de esa "creación mental" que representa la norma jurídica, el "ser debido" de una conducta. El "sujeto de derecho" es una especie

(289) Kelsen, *Th. der juristischen Fiktionen*, p. 643.

de "alma jurídica" y juega en la ciencia del Derecho el mismo papel que el concepto de alma en la Psicología o el de energía en la Física, conceptos lógicamente insostenibles que no carecen, empero, de utilidad.

Sin embargo, aun aceptado fundamentalmente el concepto de *ficción* para la *ciencia jurídica,* hay algo que separa a KELSEN de VAIHINGER más profundamente de lo que pudiera parecer a una consideración superficial: es el "aprecio" que la ficción merece a uno y otro. Y así, mientras VAIHINGER realiza con las ficciones una labor "positiva", es decir, se esfuerza en probar el valor científico del método ficcionalista, como un formidable medio para la "acción", KELSEN es un "demoledor": para él la "ficción" (persona y sujeto de derecho, Estado, etc.), es algo a lo que falta todo valor; sus esfuerzos tienden precisamente a la eliminación de la ficción del pensamiento científico-jurídico (290).

No es difícil darse cuenta del sentido pragmatista de esta filosofía.

VAIHINGER dice que es maravilloso cómo el pensamiento, a través de sus falsas concepciones y de sus contradicciones en la cadena de sus silogismos llega, sin embargo, a alcanzar la verdad. Pero, ¿qué es la verdad para VAIHINGER? Eso es lo que no dice ni puede decir; él concibe el pensamiento como una función lógica, adecuada al objeto, para un fin biológico, o sea en sentido pragmatista; pero así como para el pragmatismo verdad y utilidad se confunden, el *Alsob* juzga como útiles, teórica y prácticamente, representaciones cuya falsedad conoce. Pero el punto misterioso de esa filosofía está ahora, precisamente, en cómo se reconoce esa falsedad: pues se supone una realidad verdadera, pero incognoscible al pensamiento, y a ese incognoscible se le toma como punto de comparación con los conceptos, de los que se afirma que están en contradicción con él. Es, pues, un género de pragmatis-

(290) Jöckel, ob. cit., p. 80. Sobre la teoría de la ficción de Kelsen, cfs. Mallachow, *Rechtserkenntnisth. u. Fiktionen. Das "Als Ob" im Rechtswissenschaft,* 1923; Salomon, *Die Rechtswissenschaft u. die Phil. des Als Ob,* en *Arch. Rechts-u. Wirtschaftsphil.,* 1919; Sauer, *Rechtswissenschaft u. Als-Ob-Philosophie,* en *Z. Ges. Strafrwissenschaft,* 1920; del mismo, *Rechts u. Sozialphilosophie,* p. 73.

mo que teniendo pudor de confundir lo útil con lo verdadero, hace de lo útil un error (ficción) que tiene conciencia de sí, pero que no tiene en sí la norma de esta conciencia del propio error (291).

Es un error de esta teoría resolver en ficciones todo el conocimiento científico; la finalidad del conocimiento no puede ser la ficción sino la *verdad*. Fuera de eso, tanto en la ciencia natural como en la ciencia jurídica pueden ser útiles las ficciones; pero en la ciencia del Derecho y, en general, en las ciencias normativas hay el peligro de considerar ficciones las ideas regulativas superiores (Dios, la libertad, etc.). Y entonces se ve claramente que si bien la ficción puede ser aprovechable en la Jurisprudencia técnica, es totalmente inservible en la Filosofía del Derecho y, más aún, en la Filosofía social (291 bis).

La raíz del "ficcionalismo" kelseniano habría aún que buscarla en KANT, por muy lejos que se considere a KANT de VAIHINGER; pero sólo si se sostiene que el método "crea" el objeto es comprensible que se rechace como "ficticio" lo que no es hijo del propio método. El objeto "Estado", producido por un método, v. gr., el de la Sociología, es para el objeto "Derecho", hijo del método jurídico, algo tan extraño como el objeto "cielo" creado por la Astronomía.

Y es natural, por otra parte, que dos objetos no puedan ser hijos del mismo método. El método jurídico no puede producir a la vez, "además" del Derecho un "Estado" que, en verdad, estaría "sobre" o "contra" el Derecho: ello sería contradictorio; el Estado o es Derecho o es, para el Jurista, una ficción. En realidad, se agota ahí el "ficcionalismo" de KELSEN. Es una pieza perfectamente encajada en su teoría del conocimiento, puramente neokantiana. Como verdaderamente se ha mostrado fructífero el "pragmatismo" de esta filosofía, para fijar la posición intelectual kelseniana, es como trampolín para superarla. Más que un mero pragmatista KELSEN es un *escéptico*. Sin duda este "escepticismo"

(291) Castiglia, loc. cit., ps. 110-111.
(291 bis) Cfs. Sauer, *Rechtsphilosophie*, ps. 71-72 y *Rechtswiss. u. Als-Ob-Philosophie*, Z. Str. W. Bd. 41, p. 423.

es aún "pragmatismo", pues la "indiferencia" ante las concepciones opuestas de "imperialismo" o "pacifismo" — en su formulación jurídica, ya conocida — se apoya en que las dos son igualmente "útiles" para concebir el orden jurídico como objeto científico, es decir, las dos son "jurídicamente verdaderas". Pero aquí cabe resaltar un nuevo elemento.

§ 59. RELATIVISMO. — Este elemento es el "relativismo", directamente heredado de JELLINEK. La esencia del relativismo caracterízala el profesor EMGE (292) en la *indemostrabilidad del juicio de valor,* en la aceptación del momento *irracionalidad* que es condición del *igual valor de todos los juicios de valor.* El relativista considera como igualmente autorizadas las más diversas concepciones. Los juicios de valor son objeto de un particular manejo en la ciencia jurídica o del Estado; son como un cuerpo extraño, una cosa acabada, sin el menor contacto con otro juicio; son admitidos como un "hecho", como algo dado que excluye toda discusión sobre la "rectitud". Los "últimos fines" corresponde investigarlos a la Metafísica. JELLINEK — como KELSEN — no admite más realidad que la corporal — "naturaleza", y rechaza toda investigación sobre el "fin objetivo"; no conoce más que "fines subjetivos", es decir, "empíricos"; por eso KELSEN sostiene que el Estado no puede "ponerse fines", lo que equivaldría a admitir una "psíque del Estado". Para la ciencia todos los juicios de valor son igualmente interesantes. Las diversas soluciones son hijas de las actitudes que el investigador, según su bagaje espiritual, adopta ante el objeto; dependen, pues, de "concepciones del mundo y de la vida". Así en KELSEN, las dos hipótesis del primado del orden jurídico nacional y del orden internacional proceden de dos diversas *Lebens und Weltanschau-*

(292) Emge, *Grunddogma der rechtsphil. Relativismus,* p. 23. Cfs. Radbruch, *Rechtsphilosophie,* p. 2: "Und so muss dieses Buch, wie es denn vor den entscheidenden Fragen immer wieder die Unerkennbarkeit, die blosse Bekennbarkeit ihrer Beantwortungen wird zugestehen müssen, sofort mit einem unbeweisbaren Bekenntnis beginnen." Cfs. Mayer, *Rechtsphilosophie,* ps. 67 y ss.; Nelson, *Rechtswissenschaft ohne Recht,* Cap. VII; Herrfahrdt, *Revolución y ciencia del Derecho,* primera parte.

ungen, que, sin embargo, son algo irrelevante y, para el Jurista, "irracional". Las formas de Estado son, aún, fruto de opuestas concepciones: el absolutismo procede de la metafísica, la democracia del relativismo, pues justamente democracia es "transacción" o "compromiso" entre la mayoría y la minoría. KELSEN es "demócrata", es decir, "relativista": pero como esta opinión política es jurídicamente irrelevante, el relativismo se presenta bajo esta otra forma: absolutismo o democracia, pacifismo o imperialismo son concepciones que, en su formulación jurídica, tienen "igual valor". El jurista puede elegir. El régimen absolutista niega el "derecho subjetivo", pero ya es sabido que lo esencial al orden jurídico es estatuir "deberes". El imperialista niega el Derecho Internacional, pero procede tan legítimamente como el pacifista pues lo único que se exige es "reducir a unidad" el material "Derecho". Contra este relativismo se han aplicado algunos discípulos de KELSEN, orientándose más o menos en la metafísica y oponiendo a la postura escéptica del maestro una actitud caracterizada por VERDROSS de "absolutista" (en el sentido de la filosofía de los valores, y no de la neokantiana de BADEN — RICKERT, — sino de la procedente de la fenomenología — HARTMANN, MAX SCHELER).

§ 60. LA FENOMENOLOGÍA EN LA ESCUELA VIENESA. — Hasta qué punto la "fenomenología" haya influenciado el pensamiento kelseniano es cosa que no puede precisarse exactamente, aunque todos los indicios inducen a creer que KELSEN ha tomado muy poco del gran maestro de la Filosofía moderna: HUSSERL.

Ya hemos visto que la "norma fundamental" de KELSEN deriva, en sus casi "opuestos" sentidos, tanto de KANT como de MACH. Esta doble procedencia es indudable: es "confesada". Pero hay una tercera procedencia "posible".

En sus "Investigaciones Lógicas" habla HUSSERL de las llamadas "proposiciones normativas" cuya esencia consiste en estatuir un "deber ser".

Enuncio, por ejemplo, esta proposición: "un guerrero debe ser valiente"; con esto no quiero decir que el guerrero debe ser valiente porque yo lo "quiero" así, sino que más bien pienso que

"sólo un guerrero valiente es un buen guerrero". Es decir, que toda proposición normativa presupone un acto de "estimación", de "aprobación" de algo que se considera un "valor", por el que se origina el concepto de "bueno" (valor) y "malo" (disvalor) respecto de una cierta clase de objetos que, con arreglo a esos criterios, se dividen en "buenos" y "malos". Para tener el concepto de "guerrero valiente" necesitamos como supuesto el concepto de "buen guerrero" y este concepto no puede fundarse en una definición nominal arbitraria, sino en una "actitud ante el valor" que, según esta o aquella condición, permite estimar al querer como "bueno" o como "malo". Por relación a esa "actitud" y al contenido de los predicados de valor que determina es normativa toda proposición que establece las condiciones necesarias o suficientes para la posesión de tales predicados. La totalidad de estas normas constituye un grupo cerrado, determinado por esa fundamental "actitud ante el valor". Pero "la proposición normativa" que exige de los objetos de su esfera el acomodamiento a las características constitutivas del predicado-valor, tiene en cada grupo de normas del mismo orden una posición relevante y puede caracterizarse como "norma fundamental" (293). Así, el imperativo categórico para las proposiciones normativas. "La norma fundamental" es el correlato de la definición de lo que en su sentido se considera como lo "bueno" o lo "mejor"; ella indica según qué criterio (valor fundamental) ha de verificarse la "normación": por eso es ya, propiamente, una proposición normativa. Se podría también considerar la norma fundamental como la misma "definición del concepto de lo bueno — por ejemplo, de lo bueno ético — aunque con esto se abandonaría, ciertamente, el concepto lógico ordinario de definición" (294).

La idea de una disciplina normativa nace en el momento en que nos proponemos la finalidad de investigar científicamente la totalidad de las proposiciones de un mismo orden con relación a una determinada "definición", es decir, "valoración"; cada una tiene, pues, su "norma fundamental" que es la definición de lo que para ella vale como "bueno".

(293) Husserl, *Log. Untersuchungen,* I, ps. 45 y ss.
(294) Husserl, ob. cit., p. 45.

HOLD V. FERNEK piensa que KELSEN ha tomado de HUSSERL su concepción de la norma fundamental y es posible que, de hecho, sea ese su origen real: pero el problema es, entonces, si la ciencia jurídica es ciencia normativa en sentido de HUSSERL — ciencias que establecen proposiciones generales en las que, en relación a un criterio o "medida" normativa fundamental, se establecen las características cuya posesión garantiza la adecuación a aquella medida (295): — y caso de contestar afirmativamente surge el problema de la posibilidad de la "Jurisprudencia normativa" como ciencia "primaria" o "a priori" del Derecho, pues HUSSERL ha demostrado que toda disciplina normativa supone, ineludiblemente, una disciplina "teorética". La norma "A debe ser B" implica esta proposición teorética: "sólo un A que es B tiene la cualidad C", entendiéndose por C el contenido constitutivo del predicado "bueno"; pero esa proposición no es ya normativa. Lo "normativo" es, antes, "teorético". "*Toda disciplina normativa presupone el conocimiento de verdades no normativas*" (296).

Y este es, de hecho, un punto caduco del kelsenismo. SANDER (297), atenido literalmente a HUSSERL, reclama la primacía para su ciencia "teorética" de la "experiencia": y KUNZ, más fiel a KELSEN, afirma, sin embargo, que las normas que son objeto de la teoría pura del Derecho son, necesariamente, normas dadas en la experiencia (298). El error de KELSEN radica en el papel primor-

(295) Husserl, ob. cit.

(296) Husserl, ob. cit., p. 40: "Jede normative und desgleichen jede praktische Disziplin auf einer oder mehreren theoretischen Disziplinen beruht, sofern ihre Regeln einen von dem Gedanken der Normierung (des Sollens) abtrennbaren theoretischen Gehalt besitzen müssen, dessen wissenschaftliche Erforschung eben jenen theoretischen Disziplinen obliegt"; cfs. p. 49.

(297) Sander, en *Z. öff. Recht*, Bde. II y IV.

(298) Kunz, *Völkerrechtswissenschaft*, p. 63: "Die *erfahrungsgemässig gegebenen Normen*, sind das einzige Material der Jurisprudenz, das positive Recht ist ihr alleinige Gegenstand." Cfs. Binder, *Phil. des Rechtes*, ps. 189, 190: "Normativ im einzig möglichen Sinn ist nur die Rechtsphilosophie als ein Teil der Ethik, die positive Jurisprudenz aber kann in keinem erdenklichen Sinn als normativ bezeichnet werden." En

dial que atribuye al *deber ser* en el dominio de la ciencia del Derecho. Olvida que todo *deber ser* se apoya en *valores* que hay que "describir" previamente. Ahora bien, una disciplina de valores no es *normativa* sino *contemplativa*. Lo normativo es secundario y derivado.

* * *

Los "fenomenólogos" de la escuela vienesa son KAUFMANN y SCHREIER que, adictos a KELSEN, enlazan con HUSSERL haciendo de la teoría pura del Derecho no ya una "teoría normativa" sino una ciencia "de hechos", aunque no en sentido de SANDER.

La ciencia teorética, dice KAUFMANN, es un conjunto de juicios sintéticos o de proposiciones formales que poseen para nosotros evidencia inmediata. Unidad sintética es la unidad del objeto en referencia a la multiplicidad de las determinaciones de un cierto contenido en que se representa; juicios sintéticos a priori son aquellos en que se establece la equivalencia de los contenidos del mismo idéntico objeto. El concepto de lo *a priori* enraiza en la esfera del conocimiento absoluto y no es, como piensan los filósofos de Marburgo, meramente una "estación intermedia" en el camino de lo trascendental (299). A la esencia de un objeto sólo interesan ciertas categorías de predicados posibles y por eso la intuición esencial de un objeto ha de llevar a la enunciación de un número limitado de proposiciones a priori y a determinar la esencia por un número limitado de conceptos. Pero

alguna confusión creemos que incurre Geny sosteniendo que al Derecho hay que incluirlo entre las ciencias "normativas". Toda disciplina — dice, — tiende a la acción por el conocimiento; pero, en algunas, el conocimiento predomina; en otras, bien por la estructura de las realidades, es bien fácil y se da por supuesta o es muy difícil de captar, predomina la acción, la cual exige mayores esfuerzos. Por eso el Derecho — como la moral, de la que es parte, — es ciencia normativa y no se le pueden aplicar los métodos de las ciencias explicativas (cfs. Geny, *Sciencie et technique*, t. I, p. 69). Pero para nosotros la ciencia del Derecho no es normativa en tanto que por "Derecho" se entienda el Derecho positivo; pues tal ciencia aspira o a desentrañar los elementos inmanentes de todo Derecho, o a poner el Derecho como fenómeno social en relación con la cultura, o a interpretar un orden jurídico dado.

(299) F. Kaufmann, *Logik u. Rechtswissenschaft*, ps. 21-22.

el conjunto de juicios que constituye la ciencia teorética no puede ser más que "sistema", es decir, la totalidad de verdades que fluyen de un concepto.

La teoría del Derecho es la teoría de la "esencia" del Derecho, lo mismo que la ciencia natural es la doctrina de la esencia de la naturaleza y, como tal, suministra los necesarios fundamentos teoréticos de toda ciencia del Derecho positivo, como la "ciencia natural" es el fundamento teorético de toda ciencia de la experiencia natural (300). Las leyes del Derecho se refieren a "hechos" (jurídicos), como las leyes de la naturaleza se refieren a hechos de la naturaleza. De aquí deriva una absoluta afinidad metódica de ambas ciencias, ciencias de "experiencia" las dos. La "causalidad" es alejada de sus dominios para abrir el paso a las "conexiones". El jurista como el físico se las tienen que ver con "conexiones del ser" *(Seinszusammenhänge)* necesarias y *a priori*, expresadas en juicios sintéticos.

Ha de distinguirse entre "conceptos científicos fundamentales" y "conceptos de la ciencia". Los conceptos geométricos fundamentales son los conceptos fundamentales de la ciencia de los fenómenos naturales, los conceptos jurídicos fundamentales son los conceptos fundamentales de la ciencia del Derecho. Pero los conceptos científicos fundamentales no son conceptos de la ciencia. La "recta" no es concepto geométrico, el "tiempo" no es concepto físico, la "conducta" no es concepto jurídico. El objeto de la ciencia se constituye en la totalidad de los conceptos fundamentales y cada uno de éstos es, frente al concepto de la ciencia, "formal", es decir, contiene menos substancia positiva y tiene, por ende, menos valor real que éste. Pero un concepto científico es un "concepto del objeto de la ciencia", que no puede definirse sin él. La distinción entre conceptos científicos "puros" e "impuros" depende de que la substancia positiva del concepto se agote o no en la del objeto de la ciencia o, lo que es lo mismo, en la de los conceptos fundamentales que constituyen el objeto. "A la teoría pura del Derecho, ciencia fundamental de toda Jurisprudencia, corresponde la función de derivar conceptos jurídi-

(300) F. Kaufmann, ob. cit., p. 43.

cos de los conceptos jurídicos fundamentales, es decir, de realizar síntesis jurídicas. Producto de esta síntesis serán siempre conceptos puros, jamás mixtos, pues es claro que de la combinación lógica de conceptos fundamentales no puede resultar un nuevo valor real" (301).

SCHREIER afirma que la ciencia Jurídica es una parte de la Lógica. Esta Lógica no es, ciertamente, la aristotélica, sino Lógica en sentido de teoría de la ciencia, de la "scientia universalis" de LEIBNIZ y de la "pura teoría de la diversidad" de HUSSERL.

Trátase de una ciencia apriórica, teorética, "normológica" (302) que hace referencia al ser ideal de la ciencia: se trata, pues de la teoría de las teorías, de la Ciencia de las ciencias. Así nace la idea de una ciencia de las formas esenciales de las teorías y de las leyes de sus relaciones. La teoría pura del Derecho es sólo una de estas posibles teorías. Sus proposiciones son a priori y formales, como toda proposición que vale de la esencia de algo, y aquí se habla de la esencia del Derecho. No son proposiciones históricamente condicionadas ni formuladas por inducción. Los conceptos formales no son logrados ascendiendo desde los conceptos concretos a géneros superiores (generalización) ni menos por agregación de ciertos caracteres a los conceptos concretos: la operación por la que se obtiene el concepto formal es la "formalización" (303) *(Formalisierung)* (304).

(301) F. Kaufmann, ob. cit., p. 107. Del mismo: *Kriterien des Rechtes.* Acerca de Kaufmann, cfs. Walz, *Kritik der phän. reinen Rechtslehre F. Kaufmanns;* Löbl, en *Z. öff. Recht,* Band III; Binder, *Phil. des Rechtes,* ps. 164 y ss.; Sauer, *Sozial und Rechtsphilosophie,* p. 75.

(302) Schreier, *Grundbegriffe,* ps. 84-85.

(303) Schreier, ob. cit., ps. 85-86.

(304) Véase también en sentido de la fenomenología no sólo la obra de Reinach, *Apriorische Grundlage,* sino más recientemente G. Husserl, *Rechtskraft und Rechtsgeltung,* 1926, y W. Schapp, *La nueva ciencia del Derecho,* versión española, 1931.

Segunda Parte

CRÍTICA Y SUPERACIÓN

Capítulo VII

LA TEORÍA PURA DEL DERECHO COMO TEORÍA DEL CONOCIMIENTO JURÍDICO

A) **El Derecho producción del método**

Los juristas han reprochado el *formalismo* que, según ellos, late en el fondo de la teoría kelseniana del Derecho: se quejan, dice Kelsen, de que mi teoría sea una "teoría" y uno una "práctica" del Derecho. Pero, de hecho, el "formalismo" kelseniano no tiene nada que ver con lo que de ordinario se entiende bajo esa palabra. Más adelante veremos cómo, a nuestro juicio, *el formalismo de* Kelsen *es superación del legalismo.* "Formalismo" hay, por ejemplo, en la ley que hace depender la validez de un negocio de que la declaración de voluntad de las partes se atenga a ciertos requisitos, se haga de cierta manera indicada en la ley. En cambio, el *ordenamiento de Alcalá* derrota al *formalismo* e impone el *espiritualismo jurídico.* Pero una "teoría formal" del Derecho no será formalista en ese sentido pues, precisamente, es teoría de todas las formas posibles de legislación, incluso de las que no tienen nada de "formalistas". El formalismo kelseniano es de orden más elevado. Enraiza directamente en una filosofía y aspira a ser *teoría del conocimiento jurídico.* Y es natural que una teoría del conocimiento ha de ser de carácter necesariamente "formal", pues ha de hacer posible toda experiencia. En primer lugar es, pues, el formalismo kelseniano, *trascendentalismo, criticismo, apriorismo;* sólo en segundo término es, además, *formalismo jurídico.*

Ahora sabemos cuál es la piedra angular del trascendentalismo: *el método produce el objeto.* El instrumento de producción es la "norma hipotética" elegida por el jurista. Nos creemos au-

torizados para insistir con alguna extensión sobre este punto, única manera, a nuestro juicio, de captar el sentido de la teoría kelseniana. Separación de *Sollen* y *Sein*, unidad del objeto de conocimiento, etc., no son más que variantes o, si se quiere, consecuencias de aquel principio fundamental.

a) La hipótesis jurídica como "instrumento de producción" del Derecho

§ 61. La determinación del derecho por la ciencia jurídica. — El principio epistemotológico de la "teoría pura del Derecho" es el de la pureza del método tal como lo exige la nueva filosofía principalmente en los marburgianos. El conocimiento no copia *(Abbildet)* un objeto dado en sí en la realidad; no puede girar, por así decirlo, alrededor de un tal objeto, como si fuera una cosa corporal de la que las diversas ciencias hubieran de concebir diversos aspectos, sino que tiene que determinar a priori, por medio de formas anteriores a toda experiencia, la estructura del objeto. Cada grupo de formas, es decir, el método, produce, pues, el objeto (305). Ciertamente, sería equivocado ver en este "condicionalidad" del objeto por el sujeto dentro de la esfera del conocimiento, un hecho de "creación real" (306). El naturalista no "crea" la naturaleza, pero la hace posible como objeto de conocimiento científico. El jurista no crea el Derecho, porque es al legislador a quien corresponde esa misión.

Pero, ¿cómo sabré que ese "algo indeterminado" producido por un hombre que se llama "Legislador" es, precisamente, "Derecho"? Ahí entra en juego el Jurista. El jurista crea el Derecho, es decir, ¡hace de algo un objeto del conocimiento jurídico!

"Condicionar" es sinónimo de "crear": ¿qué es el "Derecho" antes de ser "condicionado" por el Jurista? Todo menos Derecho: relaciones de diversa índole, actos de dominio, relaciones de fuerza, etc. Ya se ve, pues, que son de poco valor las protestas de los neokantianos en general y de Kelsen en particular si, a

(305) Vögelin, *Z. öff. Recht*, Band IV, p. 80.
(306) Weyr, *Z. öff. Recht*, Band II, p. 674.

pesar de todo, rechazan que sea el Jurista el "creador" del Derecho. SANDER ha visto claro cómo el decantado positivismo kelseniano es un nuevo género de racionalismo. Junto al Derecho de la proposición jurídica surge el Derecho de la ciencia jurídica: pero esto es puro Derecho natural, que hace de la Jurisprudencia una "fuente" de Derecho. KELSEN, que pretende apoyarse en KANT, no está suficientemente fundado en KANT cuyo razonamiento esgrime SANDER contra KELSEN. KANT distingue entre "pensar" un objeto y "conocerlo". Al conocimiento pertenece, en primer lugar, el concepto, por el cual el objeto es conocido y, en segundo, la intuición *(Anschauung)* en la que es dado, y sin intuición no hay conocimiento. Por eso, toda intuición sensible, es decir, el pensamiento de un objeto, sólo puede ser para nosotros un "conocimiento", por medio de un puro concepto de razón, en tanto que referido a objetos sensibles. No podemos "pensar" un objeto sin categorías, pero no podemos "conocer" ninguno sin intuiciones. El conocimiento es empírico y conocimiento empírico es experiencia. Al dominio del conocimiento pertenecen, según KANT, los juicios de la ciencia natural matemática. Por el contrario, Teología, Cosmología, Psicología racional, pertenecen al pensamiento, a los juicios analíticos de la Lógica formal, que encubren postulados éticos. Son "Metafísica dogmática" que nace en el momento en que un *Sollen* es hipostasiado por la Lógica formal en un *Sein*. Frente a esto, era función de la Metafísica crítica constituirse como Lógica trascendental, como teoría de la experiencia natural, es decir, analizar los juicios sintéticos de la ciencia natural matemática. Por eso no hay que confundir el análisis trascendental de los juicios sintéticos de la ciencia natural matemática, con los juicios analíticos de la Lógica formal. Esta función significa sólo que la filosofía no puede conocer una segunda naturaleza junto a la naturaleza de la ciencia; significa no más que "traer a la conciencia en la reflexión de análisis regresivos lo que los juicios de la ciencia natural matemática han producido en síntesis progresivas" (307). Cuando, pues, la ciencia jurídica afirma que no es meramente

(307) Sander, *Z. öff. Recht*, Band II, ps. 592-593.

"pensamiento" sino "conocimiento", que no sólo "reflexiona" sobre los objetos, sino que los "constituye", tendrá que probar que sus juicios son juicios sintéticos, que realiza, por tanto, una síntesis de concepto e intuición (308). Prueba, por lo demás, imposible, pues siempre cabría la posibilidad de una discrepancia entre la síntesis de concepto e intuición realizada por la ciencia y la hecha por el Derecho: serían "dos Derechos" que estarían en contradicción. KELSEN tiene, pues, que resolver cómo son posibles juicios sintéticos a priori, pues sólo los juicios sintéticos son juicios existenciales. Y de la solución de esta cuestión dependerá el saber qué esfera — la de la ciencia o la del Derecho — pertenece a lo que KANT llamaba "conocimiento" y cuál al "pensamiento" y, en último término, cuál es el objeto de la ciencia jurídica.

Además, se ha caído en el error de considerar el Derecho en la misma situación que la naturaleza en relación a las respectivas ciencias. Ateniéndose a la analogía de estructuración "literal" de *Naturwissenschaft* y *Rechtwissenschaft*, a la que, sin embargo, no corresponde ninguna analogía en la estructura de su sentido, se olvidó que la naturaleza es "constituída" por la ciencia natural matemática en sus juicios sintéticos, pero que esto es posible sólo porque el objeto que aparece son "sensaciones" indeterminadas, es decir, porque la "naturaleza" no aparece como algo "en sí" y por eso cae plenamente en la esfera de los juicios de la ciencia natural. Pero el "Derecho" que es objeto de la ciencia jurídica, no son sensaciones indeterminadas, algo que hay que producir o constituir, sino que el Derecho mismo, no la ciencia, pertenece a la esfera constitutiva, lógico-trascendental del "conocimiento". El análogo de los juicios sintéticos de la ciencia natural, *no son los juicios de la ciencia jurídica, sino los mismos juicios del Derecho*. Por el contrario, la relación entre ciencia jurídica y Derecho, no corresponde a la relación constitutiva de ciencia natural y naturaleza, sino a la relación *reflexiva* de Lógica trascendental (teoría de la experiencia natural) y ciencia natural matemática. *La ciencia jurídica es sólo posible en relación*

(308) Sander, loc. cit., p. 596.

reflexiva al facto del Derecho, es decir, como teoría de la experiencia jurídica (309).

Estos puntos de vista fueron objeto de una viva contraréplica kelseniana. Ciencia, en el sentido de la filosofía trascendental que SANDER acepta, es un sistema unitario de juicios sintéticos. SANDER no se cansa de afirmar la existencia de tal "continuidad soberana" o sistema de juicios sintéticos en los que se realiza la unidad de concepto e intuición. Pero, aunque parezca raro, SANDER no se cuida de derivar la consecuencia, que por sí sola se desprende, de que hay una auténtica ciencia jurídica, sino que se obstina en sostener que ese sistema de juicios es el mismo "procedimiento jurídico" del proceso del Derecho. No hay, pues, una ciencia del Derecho; pero hay una ciencia del Derecho que no es la Ciencia del Derecho, sino el Derecho mismo (310).

La distinción entre "pensar" y "conocer", sobre la que SANDER basa su distinción entre ciencia jurídica y Derecho, no puede ser más que una distinción *dentro de la lógica;* es la distinción, la "lógica" distinción entre juicios sintéticos y juicios analíticos, la distinción, tan recalcada por SANDER, entre pensar y conocer, entre un obrar o un querer y un pensar y un conocer, entre una esfera "alógica" y una esfera lógica. Sobre esta distinción pretende SANDER "dar lecciones de filosofía" a KELSEN; "pero que permita el maestro al discípulo la pregunta: ¿es que los juicios sintéticos pueden ser en alguna parte del mundo otra cosa que juicios en sentido lógico? ¿Es que ese carácter lógico desaparece por llamarlos "juicios del Derecho"? (311).

Así la cuestión se va precisando. Algunas aportaciones a su solución, procedentes de campos ajenos al neokantismo (aunque sólo relativamente) acabarán de perfilarla. FÉLIX KAUFMANN ha objetado contra el concepto de una ciencia de la experiencia jurídica. Pues todo suceder sólo es jurídicamente relevante en tanto que se le puede comprender por proposiciones jurídicas. Por un "análisis inmanente de los métodos de producción del Derecho" no

(309) Sander, loc. cit., ps. 597-598.
(310) Kelsen, *Z. öff. Recht,* Band III, p. 143.
(311) Kelsen, loc. cit., p. 184; cfs. también ps. 201 y ss.

se llegará nunca al conocimiento de lo que es Derecho, pues precisamente es el método quien ha de permitir conocer como "jurídicos" determinados "métodos de producción". SANDER parte del principio fundamental de que la dogmática jurídica, en contraposición a la ciencia natural cuyo objeto son fenómenos (hechos), se refiere a proposiciones, que es un sistema de proposiciones sobre proposiciones y que, por tanto, la dogmática queda fuera de las márgenes del conocimiento sintético. Pero esa hipótesis es falsa, pues tanto la ciencia jurídica dogmática como la ciencia natural dogmática, se refieren o a hechos, en tanto que sometidos a determinadas leyes, o a leyes en su referencia a hechos. La naturaleza, como el derecho, son "ser de cosas sometido a leyes". Leyes naturales y leyes de la ciencia natural son uno y lo mismo y *uno y lo mismo son ley Jurídica y ley de la ciencia Jurídica* (312). Una teoría de la "experiencia" jurídica, en sentido de SANDER, es, pues, imposible, pues la *experiencia es experiencia jurídica sólo en virtud de proposiciones jurídicas.* La experiencia jurídica no es una forma de experiencia junto a la "experiencia natural" kantiana; sino una selección *(Auslese)* de la esfera total de la "experiencia en general", verificada según determinados puntos de vista.

Pero para esta selección hace falta un principio selectivo el cual lo suministra, únicamente, la "teoría pura del Derecho" estableciendo el carácter de los conceptos jurídicos, de la proposición jurídica, del sistema del Derecho (313).

WINTERNITZ sostiene que o bien el "procedimiento jurídico" de SANDER lo constituye la ciencia jurídica con axiomas noéticos puros ("nombramiento de órganos", "competencia", "fuerza del Derecho", etc.) — y en ese caso la teoría sanderiana de la experiencia jurídica es puro dogmatismo acrítico, — o la legalidad jurídica se constituye en la conciencia científica del conocimiento jurídico — y entonces SANDER tiene que reconocer que el Derecho es constituído por la *Jurisprudencia normativa* (314).

(312) F. Kaufmann, *Z. öff. Recht,* Band III, págs. 255-256.
(313) F. Kaufmann, loc. cit., p. 262.
(314) Winternitz, *Z. öff. Recht,* Band III, p. 697.

Henos, pues, en el punto de partida. SANDER tiene razón señalando que no es posible igualar la relación de la ciencia jurídica con su objeto, el Derecho, a la relación de otros objetos con las ciencias propiamente constitutivas.

Pero KELSEN tiene derecho a rechazar que el orden jurídico sea un "proceso de conocimiento" y que sea posible un "reino de juicios" fuera de la ciencia. SANDER se ha impuesto la tarea imposible de superar el logicismo con una exacerbación del logicismo, de superar el racionalismo kelseniano con una especie de *superracionalismo*. Todo lo que en él es reacción "positivista" y "empírica" responde a una sana tendencia; pero las formas en que se expresa dan la razón a KELSEN. Elevar el Derecho, producto de la vida social, política e histórica, a una esfera teorética, matar lo viviente para emancipar el Derecho de una ciencia formalista, es la contradicción inmanente que deshace el sistema de SANDER.

Y, sin embargo, rechazando el concepto de una teoría de la experiencia en sentido de SANDER, queda, sin embargo, como un importante progreso para la filosofía del Derecho la consideración del carácter "reflexivo" y filosófico de la ciencia jurídica (315). El Derecho está fuera de la esfera teorética, es decir, "originariamente" no pertenece a la esfera teorética, sino que está "frente" a ella, "indiferente" ante los trabajos del Jurista. Tampoco el Arte, es decir, la teoría del Arte, la Estética, construye su objeto, la Belleza artística: sino que los juicios de la teoría del Arte son "comprensión" posterior de los valores estéticos, referidos primariamente a un estado anímico del que los contempla. Pero esa esfera no carece de "lógica" inmanente. *Es preciso romper con la idea de que la Lógica es doctrina del pensamiento y sus leyes; la lógica es doctrina del objeto, es decir, de sus relaciones reales y objetivas, independientemente de todo juicio y de toda subjetividad.* Esta Lógica que conocieron ya ARISTÓTELES, PLATÓN y la Escolástica, revive hoy con diversos nombres (Teoría del Objeto, Fenomenología). Lo importante es hacer notar que esa Lógica posee una norma-

(315) Marck, *Substanz-und Funktionsbegriff*, ps. 42 y ss. y 51 y ss.

tividad autónoma, y que hay un reino de los caracteres lógigicos esenciales. Toda creación lógica es, en este sentido, puramente objetiva y posee un ser ideal. El concepto no es una función de unidad que tuviera que realizar el entendimiento, sino la misma unidad de lo análogo. La conclusión no es un método del pensamiento, sino una relación de dependencia entre conexiones generales y particulares existentes en la objetividad ideal. Las leyes lógicas no son leyes del pensamiento ni del conocimiento, sino leyes del ser ideal y de las relaciones en él contenidas (316). Luego las leyes del pensamiento no pueden producir el objeto, ni constituirlo, ni determinarlo, sino sólo "conocerlo". Ser y Pensar están unidos, pero sólo el pensamiento ideal se une al ser ideal; su relación, como observa HARTMANN (317), es unilateralmente irreversible. Por eso es imposible — aceptando el punto de vista de la *ontología crítica* — que el Derecho sea constituído por la ciencia jurídica, la cual sólo puede brindarnos una *perspectiva* — la *jurídica,* propiamente dicha — de su ser.

Pero en KELSEN el hecho de la "producción" del Derecho por el método tiene un doble sentido: de un lado es problema de "conocimiento"; ¿cómo es posible conocer el Derecho? Por las "categorías"; pero ante todo es un problema de "reconocimiento": ¿cómo reconoceré algo como Derecho? *Por la hipótesis jurídica, que elija libremente.* A esclarecer este punto hemos de aplicarnos inmediatamente.

§ 62. LA HIPÓTESIS JURÍDICA. — Repetidas veces hemos hecho alusión al importante papel que la "hipótesis jurídica" desempeña en el sistema kelseniano. Esta hipótesis recibe el nombre de "norma fundamental" porque es la base hipotética imprescindible de cada orden jurídico y del orden jurídico total. Hemos investigado la triple ascendencia ideológica de este principio, tan rico en

(316) Hartmann, *Metaphysik der Erkenntnis,* p. 25. Para una más amplia crítica del "naturalismo" kelseniano cfs. especialmente: Binder, *Phil. des Rechtes,* ps. 182 y ss.; Petraschek, *System der Rechtsphilosophie;* E. Kaufmann, *Kritik der Neukantianer,* ps. 33 y ss.; Sauer, *Rechts u. Sozialphilosophie,* p. 64; Maury, en *Rev. Derecho privado,* oct. 1929.
(317) Hartmann, ob. cit., p. 26.

significados y del que nos interesan estos dos: el de correlato del "yo trascedental" en sentido kantiano y el de principio "económico" en sentido de MACH. Con cualquiera de estos dos sentidos, la "norma hipotética" actúa de instrumento productor de Derecho: en el primero, en cuanto que es posible "conocer"; en el segundo en cuanto que por él "reconocemos". Este segundo es su verdadero sentido, pues es de interés hacer constar que la "norma hipotética" es el ***postulado político de la doctrina kelseniana*** y que la posibilidad de elección permite elegir como Derecho lo que está en armonía con el ideario político del Jurista: es, pues, un instrumento de "reconocimiento". Pero sobre esto habrá ocasión de insistir.

KELSEN no se cansa de advertir que él no ha "inventado" la "norma hipotética"; que es un medio indispensable auxiliar del pensamiento del que ningún jurista deja de servirse consciente o inconscientemente: él no ha hecho más que poner en claro ese punto y proceder lógicamente derivando y aplicando a la Jurisprudencia las necesarias consecuencias. Algunos han incomprendido plenamente el verdadero carácter de la hipótesis jurídica. Así, el profesor de Historia del Derecho de Viena, ERNST SCHWIND en su desgraciada crítica de KELSEN afirma que la norma fundamental no existe más que "en la fantasía" (!) de su autor y cree ingenuamente que vale la pena de "demostrar" con argumentos "históricos" la "inexistencia" de tal norma para echar por tierra toda la obra de su colega. Reproduciremos parte de la pintoresca argumentación de SCHWIND que, por lo menos, servirá para aclarar "lo que no es" la "norma fundamental" y colocar la crítica en su verdadero terreno: "Esta norma originaria es, según se dice, una categoría jurídica ideal, una hipótesis fundamental que explica todo el Derecho posterior y que, en cierto modo, está en la cima de la pirámide que constituyen las normas de ella derivadas. Desde el punto de vista histórico, que ni un momento he de abandonar, puedo decir lo siguiente: de la norma originaria, de esa hipótesis que habríamos de aceptar como una ayuda del pensamiento, no sabemos poco ni mucho; lo único que sabemos de ella, y esto lo confiesa paladinamente la *Reine Rechtslehre*, es que nunca ni por nadie ha sido otorgada (sic!) o, dicho de otro modo,

que jamás ha sucedido en alguna parte del mundo algo así como el otorgamiento de semejante norma. Históricamente, es, pues, una pura fantasía la aceptación de una categoría conceptual que nunca ha tenido realidad (sic!)... Yo me permito pensar que puesto que la aspiración a la verdad es la primera misión de la ciencia, ha de rechazarse de antemano una tal investigación... Y si en el mundo más serio de la realidad no existe esa norma primaria, es autorizado preguntarse por lo que, históricamente, es dado en los comienzos del Derecho" (318).

Nosotros sabemos que la "norma fundamental" no produce Derecho, pero que es el instrumento de que se sirve el Jurista para producirlo; pero claro es que aun esto ha de entenderse, no en el sentido de que el Jurista produzca las leyes, los decretos, etc., lo cual sería una afirmación grotesca, sino en el sentido de que el Jurista, por medio de la hipótesis, decide si tales leyes, decretos, etc., son o no "normas jurídicas", constituyen o no "orden jurídico". Desde el mero acto de ejecución hasta la Constitución hay una serie de grados del Derecho cuya validez descansa en el inmediatamente superior. ¿Pero en dónde descansa el grado más alto? *El Derecho termina ahí y su fundamentación no puede ser más que metajurídica.*

Si se tiene en cuenta ahora que al hablar de "validez" no se alude para nada a lo que el Derecho natural comprende como tal, se verá que al hablarse de "fundamentación" no se piensa tampoco en ningún "fundamento ético". *El Derecho descansa en sí mismo,* su validez es inmanente, y *la expresión de esa validez es la norma hipotética.* El jurista que quiere concebir un orden jurídico como tal, no tendrá más remedio que plasmar en una norma *ideada por él* la validez hipotética del orden que quiere comprender como jurídico y decir: el todo de ese sistema vale porque descansa en esta norma: "compórtate como ordene el Monarca (o el Parlamento)". Pero es claro que no tiene sentido decir de esta norma que "no ha existido" pues de ser ella misma una norma po-

(318) Schwind, *Grundlagen,* ps. 48-49; en contra Kelsen: *Rechtsgeschichte gegen Rechtsphilosophie?;* cfs. en torno a esta polémica a Schönfeld, en *Arch. Rechts u. W. Phil.,* Band XXII.

sitiva quedaría siempre abierta la cuestión: ¿en dónde se apoya esa norma? La "hipótesis jurídica" no es ya Derecho, sino condición de validez del Derecho; *es lo facticio, supuesto indispenble de toda normatividad.*

Pero elegir hipótesis depende del Jurista. La exigencia que el método impone al Jurista es simplemente la de concebir unitariamente el Derecho. Pero la elección de hipótesis o punto de vista no puede hacerse más que por motivos subjetivos (319). Pero la hipótesis jurídica no sólo funda la unidad del orden jurídico, es decir, lo "produce" como objeto de conocimiento científico, sino que, al mismo tiempo, lo separa de los otros órdenes normativos extrajurídicos (moral, religión, etc.).

No negamos que sea un mérito de KELSEN el haber introducido en la ciencia jurídica el método de la hipótesis, pero creemos ilegítimo su procedimiento que, por lo demás, ha encontrado críticas dentro de la misma escuela vienesa. Por de pronto, parece olvidar KELSEN que no toda hipótesis es una hipótesis científica. La hipótesis científica en las ciencias no es el resultado de una voluntad arbitraria y por eso precisamente se la ha llamado "un quizá científicamente fundado". Si KELSEN, pues, afirma que no hay un criterio jurídico para dar la preferencia a una u otra de las dos hipótesis, habrá que decir que también la norma del Derecho interno es arbitraria desde el punto de vista jurídico. Pero esto no lo admite ya KELSEN, pues él dice que una norma concebida de este modo: "tú debes obedecer al Zar" carecería de sentido para fundar la validez del sistema bolchevista: pero esto es porque la elección de la hipótesis no está en la voluntad arbitraria, subjetiva del sabio; creer otra cosa es desconocer el papel que la hipótesis está designada a jugar en la ciencia. Y este papel consiste en asegurar, según el estado de los conocimientos en un momento dado, la unidad del sistema entero de tal o cual ciencia del modo más satisfactorio. Qué hipótesis se haya de elegir no depende del sabio sino del contenido del sistema (320). Y así pareció reconocerlo KELSEN más tarde afirmando, quizá bajo la

(319) Kunz, *Revue Droit Int. et Lég. comparée*, VI, p. 587.
(320) Kunz, loc. cit., p. 588; *Völkerrechtswissenschaft*, ps. 63-65.

influencia de las críticas dirigidas a su concepción, que la elección de hipótesis había de verificarse "según el contenido del sistema jurídico positivo" (321). Sin embargo, esta afirmación pone a KELSEN en contradicción con sus propios supuestos: pues si es la hipótesis jurídica la que "determina" el material jurídico, ¿cómo podría regularse la hipótesis por este material? Si no hay "dato jurídico a priori", si no hay obligación alguna de considerar que algo es Derecho, la hipótesis no puede ser más que algo subjetivo y arbitrario, sin más limitación que la del principio de economía mental: explicar con la fórmula más sencilla posible la mayor cantidad posible de hechos; es decir, exigir que ya en el punto de partida de la explicación impere la economía. Si quiero concebir el sistema bolchevista como orden jurídico habré de buscar una hipótesis que sea capaz de fundarlo como tal y el más elemental sentido económico me dirá que la "norma hipotética" no podrá cumplir su misión si aparece formulada, por ejemplo: "debes obedecer al Zar"; que su formulación deberá más bien ser esta otra: "obedece el régimen soviético". Esta es, sin duda, una fuerte limitación impuesta al arbitrio del Jurista en la elección de hipótesis. Pero no se podrá decir, sin embargo, que la hipótesis elegida como norma fundamental del sistema bolchevique haya sido determinada por el contenido jurídico de este sistema, pues antes de la hipótesis no hay tal sistema, sino una trama de relaciones de fuerza y de poder jurídicamente irrelevantes. El hecho es que en el pensamiento kelseniano anida, en este punto, una tremenda contradicción: *la imposible combinación del criticismo kantiano y la economía mental.* Es imposible que la norma hipotética esté a la vez sobre el yo — como el yo trascendental — y subordinada al yo como instrumento útil. KELSEN se engaña ateniéndose a la "literalidad" de la palabra "unificación" en KANT y en MACH; en KANT, la unificación permite conocer, pero es unificación con arreglo a condiciones trascendentales supraempíricas; en MACH, la unificación permite también conocer, pero MACH no era kantiano y la función de unificación era en él una función vital.

(321) Kelsen, *Z. öff. Recht,* Band III, p. 231.

Pero aun desde el punto de vista de la economía hay que hacer notar que KELSEN no se cuida de probar si sus dos hipótesis explican lo mismo, si por cualquiera de ellas se puede concebir sistemáticamente la proposición de Derecho internacional según la que un Estado perdura a través de las revoluciones: y KELSEN que no ignora esto, que dice expresamente que la revolución es jurídicamente inexplicable si se parte del primado del orden estatal, sigue, sin embargo, afirmando imperturbable el "igual valor jurídico" de ambas hipótesis y sosteniendo que sólo por motivos subjetivos se puede realizar la elección.

Ahora bien, si no sólo se afirma que depende del Jurista el elegir hipótesis sino, además, que sólo es Derecho lo que se puede reducir a la norma originaria, habrá que declarar como *no Derecho* lo que no puede ser atribuído a ésta y, por tanto, con dos normas completamente distintas, será imposible concebir el mismo material, porque una vez será Derecho, es decir, imputado a una norma, lo que otra vez será no-derecho por la imposibilidad de atribuirlo a la norma opuesta. No hay, pues, "igualdad de valor" de las dos hipótesis. Desde un punto de vista inmanente, podría dirigirse contra KELSEN la crítica de CASSIRER al relativismo científico-naturalista que piensa que la "visión copernicana" no tiene más valor que las anteriores concepciones porque está tan lejos como éstas de la realidad absoluta y una y otras no son más que concepciones subjetivas que han de variar con la elección de diverso punto de vista, a lo que CASSIRER replica que la exclusión de un criterio absoluto no implica en modo alguno la supresión de las diferencias de valor de las diversas teorías. Estas diferencias, por el contrario, son estrictamente mantenidas, en tanto que se parte del supuesto de que las cambiantes fases del objeto de experiencia no están separadas unas de otras sino enlazadas por lógicas relaciones (322).

Aun hay que hacer constar que el principio de "economía mental" de la ciencia natural no tiene nada que ver con el principio de "economía del valor" aplicable a las ciencias del

(322) Cit. por Verdross, *Einheit*, ps. 83-84.

espíritu. Allí trátase de encerrar todo lo sucedido en la fórmula más simple posible, por tanto, de encontrar una expresión sencilla de la ley natural; pero el principio de economía del valor no quiere expresar la ley jurídica en una corta fórmula, porque debe ante todo encontrar esa ley. Si KELSEN imagina poder tomar varios órdenes y, valiéndose de ellos, examinar cuál sirve como esquema de interpretación *(Deutungsschemat)* para la explicación de acciones humanas, esto no es ya economía del valor sino consideración sociológica (323).

Pero la trascendencia del problema de la hipótesis jurídica es más honda. Se trata de un problema filosófico que gira alrededor de esta contraposición: o idealismo subjetivo o realismo (llamado por VERDROSS "idealismo objetivo"). La cuestión es: o el pensamiento produce o forma los objetos por sus categorías o el pensamiento los encuentra ya formados. En el primer caso, la norma fundamental no puede ser sino una hipótesis jurídica puesta por el pensamiento científico para "producir" el Derecho; pero entonces esa hipótesis podrá fundar un pretendido "ser debido" de un orden dado, pero en manera alguna su "validez objetiva". La validez objetiva de un orden sólo puede fundarse si la "norma fundamental" es concebida como un *valor objetivo* que el pensamiento no crea sino que encuentra y que, por tanto, vale independientemente de él. Esta norma no puede ser más que un principio de Derecho natural. *No hay, pues, tal hipótesis jurídica.* Una hipótesis científica ha de "comprobarse" en la experiencia y si no se comprueba es señal de que no está bien formulada o elegida. Pero *la supuesta hipótesis jurídica no puede comprobarse jamás en la experiencia.* Cabrá preguntarse sí, de hecho, los hombres se comportan de acuerdo con la norma, pero ese hecho no puede fundar el deber de obrar así y, por tanto, lo único que se comprueba es la predicción de que se obrará de cierto modo, pero en manera alguna el deber que, según KELSEN, es inherente a toda norma, incluso la hipotética. El método de verificación se reserva, pues, a las reglas de la experiencia y no a las reglas de Derecho, puesto que su sentido no expresa una cierta regularidad que se

(323) Verdross, *Einheit*, p. 80.

pueda demostrar experiencialmente, sino una prescripción, una obligación, un deber cuya existencia no es en ningún modo probada por el simple hecho de que una cierta conducta humana es regularmente observada. *La "regla fundamental hipotética" no es una hipótesis sino un axioma cuya realidad debe ser probada por otro método* (324).

§ 63. POSITIVIDAD, SOBERANÍA Y VALIDEZ, FRUTOS DE LA "HIPÓTESIS ORIGINARIA". — HERMANN HELLER ha dicho de la doctrina kelseniana que representa una ciencia jurídica sin Derecho, una teoría del Estado sin Estado y un positivismo sin positividad; el normativismo de KELSEN tiene indudablemente frente al psicologismo, que no conoce la normatividad, el mérito de haber acentuado que el problema de la validez es más que un problema psicológico: pero carece del sentido de la "validez concreta", de la específica "validez jurídica", porque no conoce más que una validez abstracta que no tiene ya nada que ver con la positividad (325). La observación es profunda. KELSEN *dice que su teoría es teoría del Derecho positivo exclusivamente pero hace depender del jurista el carácter positivo del Derecho convirtiéndolo en una propiedad lógica.* Positividad es sinónimo de dinamicidad y puesto que todo Derecho positivo es dinámico, todo Derecho dinámico será positivo. Parece, pues, que el jurista habrá de reconocer un orden jurídico "positivo" allí donde encuentre un orden "dinámico", pero no es así desde el momento que no tiene obligación de concebir como Derecho el material que se le ofrece, pudiendo renunciar a buscar una *Grundnorm* que sea base de la *dinamicidad, positividad o juridicidad* — todo es uno y lo mismo — de ese orden de relaciones aún no "jurídicas". En una palabra: *la positividad no es inmanente al Derecho, sino trascendente a él; es una concesión del jurista.*

Otro tanto cabe decir de la "soberanía" que, esencialmente,

(324) Verdross, *Recueil de l'Academie D. I.*, 1927 p. 282. Cfs. A. Mendizábal, *El Derecho natural en la ciencia administrativa*, rev. *Universidad*, 1931.

(325) Heller, *Archiv öff. Rechts*, 1929, ps. 348-349.

no difiere de la "positividad". Un orden positivo es soberano si está "más alto", si no deriva de ningún otro; ya sabemos que esto excluye la posibilidad de varios órdenes soberanos. Soberanía coincide, pues, con positividad en el sentido de que sólo un orden positivo puede ser soberano; la diferencia, puramente cuantitativa, radica en que la positividad conviene a "cada parte" del orden soberano y la soberanía al "todo" o, si se quiere, al grado más alto.

KELSEN quiere fundar objetivamente la positividad del Derecho rechazando en una fina crítica la teoría del "reconocimiento" *(Anerkennungstheorie)* elaborada principalmente por BIERLING (326) y aceptada por la inmensa mayoría de los juristas contemporáneos. Para tal doctrina, "positividad" sería sinónimo de *eficacia* o, lo que es lo mismo, la "validez" del Derecho dependería de la adhesión de las conciencias individuales, del "reconocimiento" de las normas por parte de la sociedad, por la adhesión de la "masa de espíritus" según el lenguaje de DUGUIT el cual, respecto de la ley positiva, no fué extraño a la influencia avasalladora de la teoría en cuestión. Pero está demostrado que el Derecho "vale" independientemente de que se le conozca, desconozca o reconozca, se le cumpla o se le incumpla y que, precisamente, vale cuando no se le "cumple" porque entonces, "se aplica" (327). A esta crítica de KELSEN prestamos una coincidencia cuyo sentido aclararemos más adelante al criticar la concep-

(326) Contra esta concepción pueden dirigirse las hermosas palabras de Petrone: "La fuerza ideal, la virtud imperativa del Derecho es para ella independiente del éxito del hecho o de la observancia de los sujetos. El deber es deber cúmplase o no, y la violación es un mero hecho que obra aunque la idea no pase a ser hecho, pero no si la idea deja de ser idea. Doquiera se inspira el relativismo en esta confusión entre idea y hecho y hace de ella un sistema. Su tema es el siguiente: la idea no es idea porque no es un hecho; o de otro modo: la idea no existe como idea porque no existe como hecho; paradoja que no es posible legitimarse sino mediante un sobreentendido no menos paradójico: la idea no existe como idea sino en cuanto ya no es idea" *(La última fase de la Filosofía del Derecho en Alemania,* p. 219).

(327) Ved atrás. Esta verdad es reconocida por todo aquel que no sea positivista, en lo que se refiere a la violación del Derecho natural, el cual, según la expresión de Rosmini (cit. por Del Vecchio), "brilla con esplendor insólito" allí donde es violado.

ción kelseniana de la proposición jurídica como juicio hipotético. Se comprende, por lo demás, que la "teoría del reconocimiento" y la "teoría imperativa" vayan íntimamente enlazadas pues un imperativo se reconoce, se incumple, etc. Pero es altamente dudoso que KELSEN haya sido fiel a sus premisas, en este punto. En una concepción dinámica, positividad deviene sinónimo de dinamicidad y de soberanía: pues el "término" de la dinamicidad es la "norma fundamental" base de la "soberanía" o, lo que es lo mismo, de la "autonomía" del sistema respecto de otros. Pero esto es ya un problema lógico, problema de "conocimiento", pues el Jurista es libre de elegir norma fundamental y, por tanto, de no considerar soberano más que el propio Estado o, por el contrario, únicamente al Derecho Internacional. Por esto hemos dicho antes que *la hipótesis originaria es para* KELSEN *un instrumento de "reconocimiento"*. SANDER dice que si la soberanía es propiedad del orden jurídico, no puede ser más que una propiedad "jurídica" y no "lógica" porque el orden jurídico no puede tener más que propiedades "jurídicas". Esto es absolutamente falso: el orden jurídico puede tener propiedades lógicas e ilógicas, morales e inmorales y, como dice TEZNER, todas las cualidades del "ser": grosero, hipócrita, perfecto, lisiado, humano, bárbaro, racional, absurdo, sabio, idiota, (como la teoría formal de la prueba) o todo al mismo tiempo (328). Exagera SANDER sosteniendo que para KELSEN la soberanía no es una propiedad jurídica "porque enraiza en la metajurisprudencia", es decir, no hace de la Jurisprudencia ni del orden jurídico "lo más alto" desde el momento que pone tras ellos una "Lógica" que es, en verdad, tan "metajurisprudencia" como la Ética. Pero tiene razón sosteniendo que, con esto, KELSEN no ha abandonado el hogar de la teoría del reconocimiento por él combatida. Pues el Derecho no es Derecho en virtud de su legalidad inmanente sino en virtud del *reconocimiento* que el jurista hace de un "imperativo" que emana del Derecho, siendo totalmente indiferente que a ese imperativo se le llame "lógico" en lugar de "ético"; pues se trata en los dos casos de una exigencia dirigida a hombres y en último término

(328) Tezner, *Rechtslogik und Rechtswirklichkeit*, p. 15.

de que el Derecho descansa en la subjetividad del jurista (329). Pero la soberanía del orden jurídico no es supuesta ni reconocida, sino que "es o no es". No es el conocimiento jurídico quien pone el orden jurídico, porque el orden jurídico se pone a sí mismo en virtud de sus propios procedimientos; y el jurista no puede hacer sino aceptarlo como tal Derecho y calificarlo con el criterio de la idea del Derecho, pero advirtiendo que se trata de dos actividades separadas.

Crítica de la noción kelseniana de la soberanía. — KELSEN parte del supuesto del Estado soberano — doctrina que en la ciencia alemana nació como superación de las doctrinas revolucionarias de la soberanía popular y de la soberanía nacional, sin abandonar empero la base democrática, — pero prescinde totalmente de tratar la cuestión substancial sobre la soberanía: la de la función soberana. Por eso su doctrina se orienta directamente al Derecho internacional, pero despersonaliza el Derecho político; naturalmente, la cuestión de una despersonalización del Derecho político es un aspecto de la cuestión fundamental acerca de si la Teoría del Estado y del Derecho han de tener orientación personalista o simplemente normativa. Pero la soberanía en el Derecho internacional no agota el problema total de la soberanía; por eso es insuficiente la caracterización de la soberanía como la cualidad de un orden jurídico de no ser jurídicamente dependiente de ningún otro. KELSEN representa el punto cumbre de ese proceso que HELLER ha llamado de despersonalización y degeneración de la soberanía, proceso en el que juega un papel tan importante el formalismo del Estado de Derecho. Y KELSEN pertenece plenamente a esta dirección; sus concepciones políticas no han superado el liberalismo plácido y nomocrático de los primeros tiempos de régimen liberal. Para su racionalismo resultan tan inexplicables las dictaduras como el activismo vitalista de las jóvenes democracias de masas: el orden jurídico *va de lui même*, como el mundo

(329) Sander, *Z. öff. Recht*, Band II, p. 615; del mismo: *Kelsensrechtslehre*, ps. 21-22. Sobre esto cfs. Jöckel, *Kelsensrechtsth. Methode*, Zw. Abschn., Kap. I, ps. 88 y ss.; Ruiz del Castillo, *Valore e limiti nella concezione formale della sovranità*, en *Riv. Int. di Filosofia del Diritto, XII.*

económico de los fisiócratas; toda intervención de una voluntad viva es una perturbación tan inexplicable como inadmisible. Pero es un grandioso error creer que todo lo que sea superación del racionalismo es una caída en el irracionalismo de las modernas escuelas vitalistas antidemocráticas, enemigas de todo orden que no sea el fruto de la intuición del caudillo o de las masas, enemigas de la discusión, propugnadoras de la acción directa. Admitir que la soberanía reside en una voluntad viva no es caer en el irracionalismo. Y, sin embargo, sin esta voluntad es imposible explicarse la esencia de la soberanía. La teoría pura del Derecho se ocupa exclusivamente de las normas jurídicas "puestas", pero la teoría política ha de ocuparse precisamente de la voluntad "soberana" que pone las normas. La soberanía es inconcebible sin una voluntad o unidad de voluntad que dentro de un determinado territorio es la más alta y universal unidad de decisión. Y esta voluntad está más alta que las normas puesto que las pone y, por tanto, puede quitarlas y poner normas nuevas. El Derecho es realizado escalonadamente desde la más alta persona, a través de la Constitución y de la ley, hasta el último acto de ejecución. Desde la "autonomía privada" del Derecho civil a la persona soberana del Estado hay una jerarquía real de unidades de voluntad dotadas de poder creador de Derecho. Y por más que todas estas voluntades estén más o menos determinadas por el legislador, la soberanía del Estado tiene una fecunda vida en la multitud de actos de las personalidades que lo constituyen. La libertad no tiene sentido si no es creadora de Derecho, dice con razón HAURIOU. Hay además una actividad *contra legem* y otra actividad *praeter legem* que han de imputarse al Estado, a la viviente voluntad del Estado, pero no a las normas del orden jurídico estatal. La esencia de la soberanía consiste en poder decidir en última instancia incluso contra el Derecho positivo, y en poder imponer esta decisión no sólo a los miembros de la corporación sino a todos los habitantes del Estado. Según eso, el soberano es quien decide constitucionalmente sobre el estado normal, pero que por lo mismo puede decidir también sobre el estado de excepción, incluso *contra legem*. Cree SCHMITT que la esencia de la soberanía radica más bien solamente en la decisión sobre el estado de excepción: *souverän*

ist, wer ueber den Ausnahmezustand entscheidet (330). Pero una decisión sobre el estado de excepción presupone una decisión sobre el estado normal, y por eso no parece correcto excluir la determinación sobre el estado normal de la definición de la soberanía. Acaso piensa SCHMITT al determinar así la soberanía en las facultades concedidas al presidente del Reich por el discutido artículo 48 de la Constitución de Weimar que pone en manos de aquél la determinación del estado de excepción; y por más que SCHMITT evita llegar a la consecuencia de que es el Reichpräsident el soberano en el actual Estado alemán, esa consecuencia parece exigida por la lógica interna de su doctrina. Por lo demás, es ineludible admitir que sólo en el decisionismo puede verse la esencia de la función soberana. El problema de la soberanía es un problema de forma jurídica, pero la filosofía dominante del Derecho opera con un inadecuado concepto de forma; confunde en uno solo, conceptos tan diferentes como los de forma jurídica, forma técnica, forma estética y el concepto de forma de la Filosofía trascendental. Aun el concepto de forma jurídica no es susceptible de determinación unitaria, distinguiendo MAX WEBER hasta tres conceptos diferentes de forma jurídica (331). En el problema de la soberanía la forma jurídica es la decisión. Toda decisión jurídica concreta añade a la idea del Derecho un momento

(330) *Politische Theologie*, p. 9.

(331) *Rechtssoziologie*, II; cit. por Schmitt, *Politische Theologie*, ps. 28-29. "Form kann also bedeuten: erstens die transzendentale "Bedingung" juristischer Erkenntnis; zweitens eine gleichmässige, aus wiederholter Ubung und fachmässigem Durchdenken entsthende Regelmässigkeit, die wegen ihrer Gleichmässigkeit und Berechenbarkeit in die dritte, "rationalistische" Form, das heisst eine aus den Notwendigkeiten des Verkehrs oder auch der Interessen einer juristisch gebildeten Bureaukratie entstehende, auf Berechenbarkeit gerichtete technische Vervollkomnung, die beherrscht ist von dem Ideal reibungslosen Funktionie rens." Schmitt ha insistido especialmente en el valor del momento decisionista para la Teoría del Derecho y para la concepción de la soberanía; también Heller *(Die Souveränität)* ha visto la soberanía en una decisión en última instancia, pero, a diferencia de Schmitt, también sobre el "estado normal". Este "decisionismo" había sido ya anunciado por nuestro Donoso Cortés. Una teoría jurídica decisionista ha elaborado H. Isay, *Rechtsnorm und Entscheidung*.

que no puede derivarse de su propio contenido ni del contenido de la norma general que se aplica; por eso tiene toda decisión un momento de indiferencia material, porque es imposible que la consecuencia jurídica derive en todo su contenido de sus premisas, y la circunstancia de que en tal caso concreto es necesaria una decisión, es un momento autónomo determinante. El interés jurídico de la decisión se funda en la peculiaridad de lo normativo; se trata de juzgar un caso concreto, si bien como criterio de este juicio es dado únicamente un principio jurídico en su generalidad. Se trata de una verdadera transformación; y esta transformación no puede realizarla la idea misma del Derecho, puesto que ella no dice quién ha de aplicarla. En toda transformación hay una *auctoritas interpositio*. La decisión tiene un valor propio, autónomo, independiente de los argumentos en que se funda. Esto muestra toda su importancia teorética y práctica en la doctrina del acto político defectuoso. A una decisión injusta y defectuosa, sigue sin embargo un efecto jurídico. La decisión injusta contiene un momento constitutivo, precisamente en virtud de su misma injusticia. Y este momento constitutivo es algo nuevo y extraño mirado desde el punto de vista del contenido de la norma que se aplica. Normativamente considerada, dice SCHMITT, la decisión ha salido de la nada. No se imputa con ayuda de una norma, sino que un punto de imputación determina qué es una norma y qué es rectitud normativa. De las normas no resultan puntos de imputación, sino cualidades de ciertos contenidos. Esta afirmación, que no tiene más que un valor limitado en cada caso jurídico concreto, vale absolutamente con respecto a la totalidad unitaria de las normas, puesto que sobre ellas hay una voluntad viva que constituye el *punto de imputación del sistema,* y la *autoridad* que constituye las *autoridades* u *órganos* que, con arreglo a las normas, han de deducir los efectos jurídicos de la imputación. Lo formal en sentido específico jurídico radica en la oposición a esta cualidad material, no a la materialidad cuantitativa de una conexión causal (oposición que no interesa a la ciencia jurídica). Las normas no dicen a quién conceden autoridad para decidir. La norma, como norma de decisión, no dice más que "cómo" ha de decidirse, no "quién" ha de decidir; cada cual podría alegar

haber decidido rectamente de acuerdo con una norma, si no hubiese una última instancia. Pero esta última instancia no está marcada en la norma que sirve de base a la decisión. Así, pues, la cuestión de la decisión soberana es una cuestión de competencia que no se puede contestar desde el punto de vista de la cualidad jurídica material de una proposición. Son cuestiones completamente distintas la de la rectitud material de las normas y la de la competencia. El problema de la forma jurídica consiste en la antítesis de sujeto y contenido de la decisión y en el valor autónomo del sujeto. Pero esta forma no tiene la vacuidad apriorística de la forma trascedental; pues nace precisamente de lo jurídico concreto; no es tampoco la forma de la precisión técnica: pues ésta tiene un interés esencialmente objetivo, impersonal; ni es tampoco la forma estética en la que no hay asomos de decisión.

Así, pues, se plantea nuevamente el viejo problema del sujeto de la soberanía. Soberanía es decisión en última instancia sobre el estado normal y sobre el estado de excepción; pero ¿quién posee este supremo poder de decisión? Aquí la ciencia jurídica pura cede la palabra a la teoría política; sin embargo, precisamente la política ha enturbiado siempre el problema de la soberanía. A la metafísica de la soberanía popular y nacional ha opuesto el tradicionalismo su metafísica de las dos soberanías, política y social: ¡como si el concepto de soberanía no fuese por naturaleza un concepto político-jurídico de significado unívoco! VÁZQUEZ DE MELLA que, siguiendo a GIL ROBLES, formuló entre nosotros esta doctrina dualista, no trataba con ella más que de dar un imposible fundamento científico al legitimismo. Frente a esta concepción, hay que buscar fórmulas jurídicas para la democracia. El soberano está sobre el Derecho porque lo pone y lo hace desaparecer; pero de esta facultad no goza en los modernos Estados ninguna magistratura, ni aun la llamada magistratura suprema, ya se considere tal al Jefe del Estado o al Parlamento. El misterio de cómo sea posible que el Estado se someta al Derecho, que el soberano se ligue por sus propias leyes, desaparece admitiendo que el soberano es la comunidad jurídica misma, es decir, el pueblo; no es el legislador el soberano; el legislador es órgano del poder soberano, la co-

munidad jurídica, el pueblo, y éste no puede ligarse a las leyes que él mismo se da, sino en cuanto súbdito, no en cuanto poder constituyente, mientras que aquél lo está siempre. No es preciso ver en esta soberanía del pueblo un hecho sociológico; desde este punto de vista tendrán eterna razón sus detractores. Ni menos es preciso considerar al pueblo como "fuente de todo Derecho" en el sentido que el Derecho natural de todos los matices asigna a esta frase: en el de que el pueblo fuese el *creador del valor de lo justo;* esto es, efectivamente, inadmisible; pero ni aun cuando tuviese un sentido aceptable nos interesaría en este lugar. Lo que es preciso afirmar es que el pueblo es el sujeto de la soberanía cuando el pueblo-unidad domina sobre el pueblo-multitud, y esto tiene lugar por los dos medios técnicos del principio de mayorías y de la representación. En las democracias, el representante es un magistrado, jurídicamente dependiente, pero dotado de poder autónomo de decisión. Pero sobre él existe una auténtica *volonté générale* que no es ficción, sino genuina realidad: el representante ha de usar de su poder autónomo no sólo según la constitución, sino según la constitución "tal como es entendida por la voluntad general", lo cual constituye la medida que ha de corregir el subjetivismo en la interpretación del texto legal. El jurista piensa en la voluntad general cuando habla del "espíritu de la constitución", de la "voluntad del legislador", de la "voluntad del Estado". Y las modernas constituciones ligan jurídicamente a los magistrados cuando dicen: "los diputados son representantes de todo el pueblo". Y si añaden que el diputado no está sometido más que a su conciencia, piensan aún en una medida objetiva, en algo concreto ético-político que no puede ser otra cosa que la voluntad del pueblo, puesto que no puede pensar la constitución en imponer al diputado la obligación jurídica de someter su conciencia a tal o cual sistema de moral (332).

El problema de la soberanía en Derecho internacional es completamente distinto del problema de la soberanía en Derecho interno; allí se da por supuesto que en cada Estado hay una voluntad suprema que constituye una unidad de decisión sobre un

(332) Heller, *Souveränität*, p. 76.

determinado territorio, pero se trata de averiguar si esa voluntad puede decidir incluso en contra de las normas del Derecho internacional; es decir: si la competencia de soberanía de los Estados es propia o delegada del orden internacional. Es sabido que KELSEN se decide por la segunda posibilidad y, salvando su relativismo en lo referente a la elección de hipótesis fundamental, su doctrina merece coincidencia en este punto. Pero siempre que quede bien claro que la soberanía no es una cualidad abstracta del orden jurídico, sino poder de decisión en última instancia dentro de un determinado territorio. Este poder, sin embargo, es de Derecho de gentes, como ya vió nuestro SUÁREZ. No quiere decir esto que sean los Estados delegados o súbditos del Derecho internacional positivo, pues el derecho internacional positivo es puesto por los Estados soberanos; pero la soberanía de éstos es delegada de la "constitución internacional", es decir, de la norma ético-jurídica *pacta sunt servanda* que no sólo obliga a los Estados a guardar los pactos contraídos, sino que delega para contraerlos; el Estado, en una palabra, es órgano de la comunidad jurídica internacional, cuyo Derecho crea por su delegación. Aun así, el Estado sigue siendo soberano; no desaparece la diferencia entre el Estado y un Municipio por admitir el primado del orden jurídico internacional; la diferencia subsiste en estos dos puntos, por lo menos, como advierte VERDROSS (333): a) el Estado recibe su competencia directamente del Derecho internacional y las entidades locales del Estado; b) la competencia que el Derecho internacional concede a los Estados es más amplia que la que los Estados conceden a las entidades locales. — Pero, sobre este aspecto del problema, que lleva a la cuestión de la unidad de la imagen jurídica del mundo, — hemos de insistir más adelante.

Crítica de los conceptos de positividad y validez. — Aquí no hemos de desenvolver una teoría de la validez jurídica, que esbozamos más adelante al desarrollar las "aporías" del conocimiento jurídico. Pero nos son precisas ciertas consideraciones críticas previas que despejen el camino para una consideración rea-

(333) Verdross, *Rec. des Cours de l'Academie D. I.*

lista del problema, enturbiado precisamente por el racionalismo kelseniano.

Veamos en primer lugar en qué consiste la esencia de la positividad. Es indudable que no podrá llegarse a esta idea si se prescinde, como hace KELSEN, del enlace del Derecho con la voluntad que lo pone. Todo Derecho presupone, como condiciones *sine qua non,* una norma supra positiva (idea del Derecho) y una voluntad positivizadora. Todo Derecho positivo es puesto por la autoridad de una comunidad; es, pues, un orden social que regula la conducta social de los súbditos. El Derecho así puesto, tiene una existencia independiente de la posición que respecto de él adopte la comunidad; y ese modo de existencia es lo que hay que llamar su "validez" o "vigencia", en el sentido de su existencia o realidad dentro de una comunidad. Sin embargo, es una voluntad la que confiere validez, es una voluntad la que positiviza las llamadas por HERMANN HELLER "proposiciones jurídicas fundamentales" (idea del Derecho, Derecho natural), trasladándolas del reino de la pura posibilidad al de la realidad. La positividad determina la existencia de deberes jurídicos concretos, pues una proposición de "Derecho natural" no puede obligar más que éticamente. Ahora bien: el poder que positiviza es el poder soberano. Esto es lo que desconoce KELSEN. Para él no es una voluntad la que positiviza el Derecho, sino la norma fundamental ideada por el jurista. Pero esta norma, tanto o más que fundamentar el sistema jurídico concreto, lo separa del orden de la moral, de la religión, del Derecho natural; y en esto radica precisamente su soberanía. Es decir, que se habla tanto de "un" orden jurídico como "del" orden jurídico, pero en el mismo sentido, de modo que la positividad es ora algo propio de "este" sistema jurídico, de "este Estado", ora la "independencia del orden del Derecho", como objeto del conocimiento científico, respecto de otros órdenes normativos. Por ese camino, observa HELLER (334), no se podrá distinguir entre Derecho natural y positivo. Sabemos, sin embargo, cómo ha intentado KELSEN contestar a esta objeción: el Derecho natural es un orden esencialmente

(334) *Souveränität,* p. 56.

estático que deviene positivo en cuanto se le dinamiza. Estática y Dinamicidad son, pues, los criterios distintivos (335). Pero si por Derecho natural no se entiende otra cosa que un Derecho estático, un sistema jurídico no realizado, el Derecho positivo posee, junto a su existencia fáctica, una existencia ideal y normativa análoga a la del Derecho natural, y no se ve la imposibilidad lógica de que junto al Derecho positivo exista uno que no lo sea, y viceversa. Dos sistemas jurídicos pueden ser independientes uno de otro y valer al mismo tiempo. La lucha de KELSEN contra el Derecho natural, en cuanto Derecho "irrealizado", contradice ante todo su doctrina de la proposición jurídica, en la que nada se dice (porque no puede decirse) de la positividad, pues para el objeto ideal que, según KELSEN, constituye el Derecho, es plenamente irrelevante. Afirmar, por tanto, a continuación que la teoría pura del Derecho se conforma con ser teoría del Derecho positivo es una transición ilegítima (335 bis). KELSEN lucha aquí entre dos opuestas concepciones: su primitiva doctrina de la proposición jurídica y su concepción dinámica del orden jurídico; y si, por una parte, los magníficos desenvolvimientos de MERKL le inclinan por la segunda concepción del Derecho, la influencia de KAUFMANN y de SCHREIER le retienen en el primer punto de vista. Ahora bien, la doctrina de SCHREIER sobre la cuestión que tratamos se resume en estas palabras: "a la esencia de la norma no le pertenece, en cuanto tal, el ser positiva. Se le tiene que *agregar* algo que le confiera tal carácter. En una norma no hay que mirar si es o no de Derecho positivo, pues a su esencia no pertenece más que ser un objeto jurídico de determinada especie, de determinado contenido. Positividad significa, no otra cosa que hecho de posición..."(336).

(335) Kelsen, *Phil. Grundlage*. Cfs. atrás, §§ 4 y 5.

(335 bis) Cfs. Gysin, *Z. öff. Recht*, Bd. VIII. Stockhammer, en ib., pág. 576: "Kelsens Rechtswesens und Rechtsinhaltlehre sind also unempirich, und ihre Unterscheidung hat nur dann einen methodischen Sinn, wenn die Rechtsformlehre nur von der Form des Rechtes, vom Rechtsbegriff handelt, die Rechtsinhaltslehre aber den möglichen Inhalt des Rechtes darlegt. Von der kelsenschen Rechtwesens- und Rechtsinhaltslehre führt aber keine Brücke zu seiner anderen These von der *nur positiven Rechtstheorie*".

(336) Schreier, *Grundbegriffe*, p. 180.

Pero, si es así, cae por su base la supuesta y siempre recalcada oposición de Derecho positivo y Derecho natural. No hay ninguna imposibilidad lógica en admitir que al Derecho natural se le añade algo: positividad. El Derecho natural tendría, según BONNARD, mera "validez"; por el acto de posición se le añadiría la "eficiencia". Para este autor, una norma sería eficiente (*wirkt*) cuando es concebida por sus súbditos como debiendo ser obedecida. La norma jurídica eficiente es la norma jurídica positiva. El Derecho natural es el "puro valor", es el conjunto de normas válidas que no son aún eficientes, y de aquellas otras cuya eficiencia es aún lo bastante limitada para pretender a la positividad. La positividad no es, pues, esencial a la norma. Lo esencial es el "valor". Vale una norma (*gilt*) cuando los elementos objetivos que determinan su contenido son tales que han establecido también el imperativo, el deber ser, el *Sollen* de la actividad que regulan. El valor de la norma depende de su imperativo. En el momento que lo que prevé está en estado de deber ser, de imperativo, vale como norma. Sin valor no habría norma. De este modo, el Derecho positivo tiene que ser, necesariamente, un subordinado del Derecho natural, porque el contenido es el mismo, ya que en su substancia son idénticos, y sólo varían en algunas cualidades. La positividad, consuetudinaria o escrita, no puede atribuirse más que a la norma válida, es decir, a la norma de Derecho natural (337). — Esta crítica que BONNARD ha dirigido a KELSEN está bien para poner de manifiesto la falta de razón de aquel autor para estimar radicalmente incompatibles, por motivos gnoseológicos, la existencia simultánea del orden jurídico natural y el positivo; pero tampoco podemos prestarle una coincidencia absoluta. Sin negar que el Derecho positivo necesite, en último término, un fundamento psicológico (338), nos parece una ficción decir que el De-

(337) Bonnard, en *Int. Z. f. Th. des Rechts,* Band III, ps. 10 y ss. Cfs. Stoop, *Analyse de la notion du droit.*

(338) Ruiz del Castillo, *Estudio preliminar* a la traducción de los *Principios de Derecho público* de Hauriou, escribe: "Resulta que... el "deber ser" es esencial al sistema de Kelsen. Identificando el orden jurídico con el Estado y éste con la coacción, tenemos: Orden jurídico = Estado; Estado = coacción; Orden jurídico = coacción. Mas la coacción,

recho deviene positivo "cuando los súbditos se lo representan como debiendo ser obedecido". Tal lenguaje es impropio de una ciencia jurídica que proceda con un mínimum de pureza metódica y, además, no responde a la realidad. Pues una norma que no es cumplida — y en esto tiene KELSEN plena razón — es también una norma positiva si es "aplicada", y la aplicación tiene lugar precisamente en caso de "incumplimiento". Claro es que BONNARD puede replicar que no se refiere en su doctrina del reconocimiento a que el valor sea reconocido en todo momento por todos y cada uno, sino al reconocimiento global por la masa de espíritus (como diría DUGUIT) de ciertos principios jurídicos; pero aun así es falso el supuesto. La doctrina del reconocimiento, en todas sus formas, se basa en una confusión entre la "eficiencia" de que habla BONNARD y la positividad. La positividad no es la eficiencia; la positividad no puede buscarse más que en la aplicación judicial, según pensó también JORGE DEL VECCHIO (339). La eficiencia, como acertadamente sostiene KELSEN, no puede ser más que un *supuesto*.

Así, pues, KELSEN tiene razón rechazando la confusión entre positividad y eficacia, pero es inexplicable que desconozca que, a pesar de eso, la positividad es un hecho y sólo en hechos puede basarse, y que en virtud de ese desconocimiento haga de la positividad y de la validez propiedades lógicas y abandone al arbitrio del jurista hallar un fundamento a la validez. KELSEN hace del poder del Estado una expresión para designar la validez ju-

sancionadora del orden jurídico o válido, se asocia a la posibilidad de la violación de este orden. Para que no sea una pura fuerza, es menester que la validez se haga eficaz a través de la representación... ¿Dónde y por obra de quién se hace esta representación? "En el sujeto y por obra del sujeto, que no podría prevalecer sobre los fenómenos si no fuera en sí mismo más que fenómeno" (Kelsen). Lo subjetivo — la representación — se asimila lo objetivo — la validez, la norma; — y lo jurídico se hace así psicológico. Si el origen del proceso — la norma hipotética, — y el desarrollo — la serie de representaciones de normas, — sólo se explican por realidades psicológicas, no hay más remedio que fundamentar en ellas el régimen constitucional y, más ampliamente, la teoría del Estado en cuanto transciende de una constitución dada."

(339) Del Vecchio, *El concepto del Derecho*, apéndice.

rídica; esta validez es sinónima de positividad, y positividad y validez descansan en la constitución; *pero la constitución descansa donde el jurista quiere hacerla descansar.* Así resulta que la doctrina kelseniana es la doctrina del Derecho positivo que el jurista quiere reconocer como Derecho positivo.

De este modo, no es extraño que KELSEN no haya llegado a comprender la esencia específica de la validez jurídica. El problema de la validez es, ante todo, un problema de *ontología jurídica* (la validez como *ser del Derecho*), y de él es un aspecto el problema de la validez *jurídica* que es, contrariamente a lo que piensa KELSEN, no sólo normatividad pura, sino *hecho* también. Aquí nos limitaremos a la labor crítica, dejando para más adelante un esbozo de construcción. KELSEN concibe la validez jurídica tanto en sentido lógico formal como en sentido éticoformal; y la razón está en el unilateralismo de su concepción del Derecho como un "Sollen", como un "deber ser", sin distinguir entre el deber ser que se dirige a la conciencia del súbdito, para su obediencia, y el "deber ser aplicadas judicialmente las normas", pues uno y otro deber ser se fundamentan en valores absolutamente diferentes, aunque relacionados entre sí. Y si bien a la validez jurídica es inmanente el deber ser de la aplicación judicial de las normas, sin el "ser" de esta aplicación no puede hablarse de validez en sentido específico jurídico. Por eso se mueve KELSEN en el campo del Derecho natural lógico cuando habla de la validez jurídica fuera del "hecho" de la aplicación judicial. Una ley que no se aplica no tiene más que una validez abstracta; en definitiva, tal es la validez de toda ley, pero a su esencia pertenece la posibilidad de su concretización, de su aplicación al caso concreto, de su realización, que es en lo que consiste la validez concreta, propiamente jurídica. Como acertadamente dice HUSSERL (340), validez jurídica es "ser del De-

(340) Cfs. Husserl, *Recht und Welt,* ps. 125-126: Die Rechtsordnung ist ein System *genereller* Rechtssätze, denen durch ihren Norminhalt ein abstrakter Raum möglicher Willenssachverhalte zugeordnet ist. Die Konstituierung dieser jenseitigen Normwelt, kann nicht der Rechtserzeugung Endzweck sein. Das Recht hat eine soziale Aufgabe. Es soll im intersubjektiven Raum lebendiger Handlungswirklichkeiten seine

recho", y si bien es verdad que este ser no puede ser el de una cosa o fenómeno de la naturaleza, sino un ser espiritual, tampoco consiste su validez en el hecho de ser pensado: pues el Derecho existente vale aun cuando nadie lo piense. Pero su validez no puede ser tampoco meramente lógica: pues la validez lógica de una proposición se refiere a su verdad o falsedad, y las proposiciones jurídicas no son ni verdaderas ni falsas. La norma general concibe condicionalmente el caso, pone una condición; en el momento que una realidad social, que un hecho individual histórico llena la *conditio legis,* tenemos un "caso" que cae bajo la ley; este caso llega a ser un "caso jurídico" mediante la "aplicación", que establece una relación normativa entre la norma y el hecho. Tenemos así, pues: ante todo, un elemento lógico — la subsunción del hecho bajo el esquema legal; — pero hallamos también un hecho de voluntad: la producción de una nueva forma del ser jurídico, válida *hic et nunc,* por concretización de normas abstractas; de modo que la aplicación no sólo juzga los casos sino que "forma" Derecho, y esto en doble dirección: a) por relación al hecho, que es elevado a la categoría de "jurídico"; b) por relación a la validez del Derecho, pues el ser abstracto de la norma general adquiere, sin desaparecer, un grado más elevado de realidad, por lo que cabe hablar, con verdad, de una efectiva "realización del Derecho", por la que éste deviene "derecho eficaz", es decir, arraigado en la vida social (341). Sin salir de la teoría de la ordenación jerárquica del orden jurídico de KELSEN y A. MERKL

willkürbannende Kraft entfalten. Dies Sollen ist dem Recht inmanent. Es ist zu der gesollten Bannwirkung befähigt, indem ihm die Möglichkeit der Verzeitung innewohnt. Die Rechtsnormen werden verzeitet durch Anwendung auf den sozialwirklichen, norminhaltlich abstrakt vorgegebenen Tatbestand. Wir sprechen von "Rechtsverwirklichung". Es handelt sich in der Tat um ein Hinübergreifen aus dem Jenseits der entzeiteten Rechtswelt in das Diesseits der im natürlichen Zeitfluss liegenden Willenswirklichkeit, auf die als eine normbetroffene der Rechtssatz konkret bezogen wird." Cfs. del mismo *Rechtskraft und Rechtsgeltung,* página 40. Una concepción diferente de la validez en Larenz, *Das Problem der Rechtsgeltung*; validez es sinónimo de positividad y aun de *realidad* del Derecho; el Derecho es real siendo válido.

(341) Husserl, *Rechtskraft,* ps. 6 y ss. y 17-19.

— doctrina que no sólo no debe abandonarse, sino que merece muy especial coincidencia siempre que se prescinda de su fundamentación racionalista — cabe conceder toda la importancia debida a esta cuestión de la realización del Derecho, e incluso elaborar una "teoría funcional del Derecho", siguiendo en este punto las huellas de SAUER (342). Todo Derecho es Derecho que ha de realizarse dentro de una comunidad jurídica. Y todo sistema jurídico es un sistema de realizaciones concretas del Derecho, pues sólo la decisión concreta, no la norma abstracta, puede dar satisfacción a las exigencias de la Justicia (342 bis). Y lo que se busca en la realización del Derecho no es la realización pura y simple de la ley, sino la consecución de ese mínimo de Justicia posible que es la seguridad jurídica; y la ley da el medio de consecución de ésta última. Así, lo realizado vale como delegado por la norma general, pero el órgano realizador del Derecho sólo *formalmente*, no materialmente, está ligado a las normas generales.

B) **Sentido del formalismo kelseniano**

§ 64. EL FORMALISMO DE LA JURISPRUDENCIA DOMINANTE Y KELSEN. — El formalismo kelseniano tiene raíces filosóficas. Ya por eso adquiere en él una dignidad que falta casi por completo en los antiguos juristas partidarios del "formalismo legalista". Por eso, más bien que una teoría jurídica formalista, es la doctrina kelseniana una teoría jurídica anclada en una Filosofía del formalismo. El "Sollen", factor tan esencial de la teoría de KELSEN, es de carácter puramente formal; pues al desligarlo, por abajo, de todo contacto con la realidad social y, por arriba, de

(342) *Rechts- und Sozialphilosophie*, 36 y 37.

(342 bis) Cfs. H. Isay, *Rechtsnorm u. Entscheidung*, p. 28: "Das Recht dient der Verwirklichung der Gerechtigkeit; die Norm als solche kann über haupt nicht die Gerechtigkeit verwirklichen. Jeder Norm ist gerade in ihrer Eigenschaft als Norm die Gerechtigkeit wesensfremd, die Norm ist in ihrem letzten Konsequenz ungerecht." De ahí la importancia de la decisión que fluye de las "profundidades de la personalidad ética" y que es creadora, aplicando al caso concreto el *sentimiento jurídico*.

todo enlace con el valor, se queda reducido a una mera categoría, es decir, a un deber ser que no es "deber ser de algo". KELSEN identifica de hecho *Sollen* y *Wert* (valor), para lo cual "formaliza" también a este último. Los filósofos de la escuela sudoccidental alemana (escuela de Baden) distinguen también entre Realidad y Valor, constituyendo éste no otra cosa que el elemento de valoración, para juzgar de la validez o invalidez ética de la empirie jurídica: así LASK, RADBRUCH, MAYER y BINDER. Pero el Derecho mismo no pertenece al reino del valor, sino al de la "cultura". En esto difiere KELSEN fundamentalmente de esta rama de los neokantianos a los que debe, como sabemos, gran parte de sus supuestos doctrinales; pues él incluye directamente el Derecho en el reino del valor o del "deber ser". El deber ser es para KELSEN algo tan distinto de todo querer individual como de todo valor ético. Pero si bien es cierto que nunca una voluntad psíquica, un "querer" individual puede fundar un auténtico deber ser, es ciertísimo que no hay deber ser posible que no esté fundamentado en un valor. KELSEN basa toda su doctrina, pues, en el carácter formal del deber ser, y en la separación radical de ser y de deber ser. Pero hablar de "deber ser formal" es un contrasentido y lo segundo es sólo posible dentro del espíritu de la filosofía kantiana o, mejor, neokantiana; pero ya ésta representa una fase superada en la historia de la filosofía, primeramente por la escuela de HUSSERL y, sobre todo, por el retorno a la metafísica recientemente iniciado por NICOLAI HARTMANN.

Pero para comprender el "formalismo jurídico" de KELSEN, necesitamos una confrontación del mismo con el formalismo clásico de los juristas, con el fin de hacer resaltar las posibles semejanzas, pero también esenciales diferencias. Lema de la moderna jurisprudencia ha sido éste: la jurisprudencia para los juristas. Esta especie de doctrina de MONROE — según frase de G. MAGGIORE — aplicada a la ciencia jurídica, ha producido buenos resultados: pues a ella se debe la conversión en ciencia del estudio del Derecho, de la exégesis en dogmática, el paso de la jurisprudencia inferior a la jurisprudencia superior, como dice JHERING, que es el verdadero fundador de la dogmática jurídica. Pero la moderna jurisprudencia no sigue las huellas de JHERING,

quien no agotaba el derecho en las reglas, y seguía la opinión de PAULO: *regula est, quae rem, quae est, breviter enarrat. Non ex regula jus sumatur, sed ex jure quod est, regula fiat.* Los modernos juristas, al contrario, quieren reducir el derecho a la norma, convirtiendo la dogmática en Lógica. En Derecho público inició este método LABAND, y lo cultivaron en Italia ORLANDO, ROSSI, ROMANO, DONATI. Más visible es su influjo en Derecho penal, definido por VON LISZT como "estudio científico del delito y de la pena, como abstracciones conceptuales". Por oposición al lombrosianismo, el método se depura y la dogmática es la única ciencia penal posible. Una reacción contra esta rigidez del método jurídico representan el movimiento del "Derecho libre" en Alemania y el método histórico evolutivo de GENY y SALEILLES, en Francia. También la obra de SANTI ROMANO "L'ordinamento giuridico", es un golpe de gracia al método que antes profesó, identificando el ordenamiento con la institución y no con el ordenamiento coactivo del Estado. Característico de este movimiento jurídico, que cabría llamar del "jurismo puro" fué un cierto desvío de la filosofía, mejor, un absoluto apartamiento de la filosofía y una cierta creencia ciega en que la máxima objetividad científica se alcanzaba con una sumisión servil al Derecho objetivo. Claro que esto, como observa MAGGIORE, era una ilusión. Pues, o se renuncia a explicar o admitir una explicación de lo que sea conocimiento, positividad, elaboración abstracta, etc., y entonces se define *obscurum per obscurius,* o se aceptan aquellos conceptos y entonces se está en plena filosofía. Pues se hace filosofía sin quererlo. La "adoración del dato" es una forma de realismo ingenuo. Y, en último extremo, la Lógica jurídica no puede ser más que una parte de la filosofía. Al agnoticismo filosófico de los juristas se debe la misma imprecisión del método jurídico. El juez, se dice, ha de estar sujeto a la ley, ha de decidir como la ley le ordena, ha de ser su ejecutor, su función específica ha de limitarse a la aplicación de la ley. El jurista, se dice también, ha de descomponer las reglas del Derecho, subsimiendo los preceptos en conceptos jurídicos; ha de reagrupar luego estos conceptos en sistemas; pero teniendo mucha cuenta de respetar el contenido de la regla legal, y haciendo de modo que sus cons-

trucciones sean la reproducción real y verdadera del material positivo. Pero, o se entiende que el juez y el jurista son exactos repetidores (especies de fonógrafos vivientes) de la voz del legislador, y entonces la interpretación forense y doctrinal no son más que un inútil duplicado de la ley, o se admite que estas formas de actividad son más productoras que reproductoras, y entonces en la fórmula de la sujeción absoluta a la ley hay algo de impreciso y de equívoco. Pero lo cierto es que en la sentencia más ortodoxa, en la exégesis más atenta a la letra de la ley, hay un momento de creación, de producción de algo nuevo. Y así, en la elaboración dogmática del Derecho hay algo más que en la exégesis y más aún que en la aplicación de la ley, pues hay una actividad espiritual que profundiza, desenvuelve, organiza y constituye un sistema y que, en fin de cuentas, crea. Los rigoristas del método jurídico, si habían de ser consecuentes con la objetividad de la ley, no debían permitir ninguna interpretación, como hace San Francisco con su regla. Menos aún podrían dar oídas a la advertencia de KOHLER para quien un "jurista sin fantasía no es un jurista". Y, en último término, el jurista no sería capaz de la más mínima labor crítica, pues quien dice crítica dice posición de un principio ideal en virtud del cual se critica, dice superación del dato; si, pues, los juristas adoptan con frecuencia tales actitudes, es mediante una verdadera contradicción con sus supuestos (343). "Sabemos perfectamente que el método de la Jurisprudencia debe ser método jurídico, es decir, no político, sociológico, filosófico, etc. Pero el verdadero método jurídico — si no se le quiere esfumar en la vacuidad de una pretendida Jurisprudencia pura como esquematización geométrica de los principios del Derecho — debe consentir, no impedir la continua transformación de las relaciones históricas y sociales en relaciones jurídicas; pues el Derecho es esencialmente un producto histórico que trasplantado al terreno de la pura abstracción languidece y muere. El método jurídico podrá, sin duda, prestar grandes servicios al progreso del Derecho si huye del escollo del formalismo exagerado

(343) Maggiore, en *Riv. int. di Fil. del Diritto*, VI, 1926, ps. 373 y siguientes.

al que se aferran los secuaces del llamado jurismo puro, y quiere descender de la lógica de lo abstracto, supervivencia del auténtico intelectualismo, a la lógica de lo concreto, que es la conquista del moderno idealismo histórico. El intelectualismo va ligado a una concepción jurídico-política — la de la Revolución — hoy por fortuna superada. Hoy, fracasado el dogma de la soberanía popular y el de la omnipotencia del parlamento, la evolución de la Jurisprudencia ha de orientarse en el sentido de que la ley se limite a poner principios directivos tan dúctiles y amplios como sea posible, para que, dentro de ellos, el poder ejecutivo y judicial se muevan libremente creando Derecho. La conciencia de un pueblo será tanto más abierta al Derecho cuanto más vea realizarse el proceso de renovación y transformación del Derecho, que es proceso de creación. La excelencia del pueblo romano en el campo del Derecho va íntimamente unida con el gran valor que aquel pueblo confería a la creación inmediata y continua del Derecho. Hoy que se despierta nuestra conciencia nacional al recuerdo y al propósito de la romanidad, sentimos que todo paso hacia la revalorarización del poder del Estado, en su actividad ejecutiva y realizadora, es un paso hacia la formación de una dogmática nueva, mediante la cual la ley responda mejor a la vida y el Derecho a la Historia" (344).

(344) Maggiore, loc. cit., ps. 385-386. El mismo habla de la necesidad de librar a la Jurisprudencia "da quell'ombra d'ipocrisia che la circonda. Diciamo ipocrisia la stentata simulazione di legalismo, in forza della quale l'interprete non si perita di mettere in bocca al legislatore, col pretesto che siano insite nella legge, le piu arrischiate fantasie che fioriscono dal suo cervello. Ma a purgare la giurisprudenza da cotesta ipocrisia necessita rifare tutta la dottrina delle fonti del diritto, suincolandola dal pregiudizio democratico... che ripose l'unica fonte del diritto nella legge, come quella che era l'espresione de la volontà del popolo... In tali premesse rivoluzionarie mette radici la dommatica giuridica tradizionale, che si riduce in fondo a una sopravalorazione della legge e della funzione legislativa a scapito delle altre attività produttive di diritto..." (p. 383). Cfs. en el mismo sentido a Geny, *Science et Technique*, I, p. 37: "La evolución del método va de formal y pasivo a crítico y activo, de interpretación de las fuentes a interpretación del Derecho mismo. La ley era el símbolo de la realidad, y ahora se quiere admitir a su lado algo vivo y práctico — costumbre, jurisprudencia, — y aun aprehender la

No son precisos largos razonamientos para demostrar que esta crítica del formalismo de los juristas no es totalmente aplicable a KELSEN. KELSEN no vuelve la espalda a la filosofía, pues bien sabemos que su teoría pura del Derecho es "filosofía de la ciencia jurídica", "teoría del conocimiento jurídico", es decir, fundamentalmente, actividad filosófica, aunque no se la pueda calificar de "filosofía del Derecho" en el verdadero sentido de la palabra.

Demás de esto, KELSEN y la escuela no son esclavos de la letra de la ley, porque precisamente su "formalismo" les impide ocuparse del contenido material de las leyes, siendo teoría de las condiciones a priori de toda ley posible, habida y por haber. Tampoco es cierto que la teoría pura del Derecho afirme que "al Derecho" no le interesan las condiciones sociales, económicas, etc., en que se desenvuelve, como afirman ligeramente algunos críticos. Lo que ocurre es el fenómeno señalado por un filósofo social tan destacado como OTHMAR SPANN que, a pesar de que no participa poco ni mucho de las ideas formalistas, afirma (dando, sin proponérselo, razón a KELSEN): "el Estado ha de convertirse en Economía para entrar en relación con la Economía; el Derecho ha de convertirse en Economía para entrar en relación con la Economía; el Estado tiene que convertirse en Derecho para entrar en relación con el Derecho; la Economía tiene que convertirse en Derecho para entrar en relación con el Derecho", etcétera (345).

También hay que evitar confundir entre "ciencia formal" y "modo formalista de tratar un objeto", una distinción en la que ha insistido de modo especial STAMMLER: modo formalista de considerar un objeto, por ejemplo, el Derecho, significa considerar lo

misma verdad jurídica, la cual será siempre el más alto fin de la Jurisprudencia. Lo que queda como resultado positivo de las nuevas corrientes es: el rechazar definitivamente la ilusión de que la ley escrita contiene todo el Derecho positivo en vigor". Tales argumentaciones, acertadísimas, no afectan, sin embargo, lo más mínimo al sistema de Kelsen, si bien no faltan juristas que con gusto parecen englobarlo en el anatematizado "formalismo", convirtiendo así en tópicos críticas justas cuando se dirigen a quien deben dirigirse.

(345) Spann, *Kategorienlehre*, cit por Verdross en *Arch. Rechts u. Wirtschafts phil.*, Bd. XVIII.

empírico como lo último y definitivo, como lo incondicionado; se acepta, por ejemplo, una norma jurídica como un mandato supremo, como la última instancia, sin considerar su calidad de mero medio para un fin justo. Ciencia formal es la que estudia las formas, o sea el elemento condicionante que, por lo mismo, puede estudiarse con independencia, prescindiendo de la materia, así, la economía, es dependiente del Derecho, pero el Derecho, forma de la economía según STAMMLER, puede ser estudiado con independencia de su materia (346). Por lo demás, ya sabemos que KELSEN tiene más flexible concepto de la forma que el mismo STAMMLER, y si bien dentro del Derecho se puede distinguir entre forma y contenido jurídico, es forma frente a la economía. La forma que interesa a KELSEN es la forma misma de las normas por oposición a su contenido jurídico, y no la forma del Derecho por oposición a su materia de la vida social (en lo que consiste quizá la oposición capital entre STAMMLER y KELSEN). La ciencia jurídica de KELSEN es formal, pero no incurre en el formalismo jurídico que consistiría en tomar las normas como algo definitivo y supremo con su contenido, porque su relativismo filosófico le veda atribuirles tanto valor. La teoría kelseniana no es tampoco una "técnica" del Derecho: precisamente porque no lo es, y KELSEN no se cansa de repetirlo, resultan inaplicables muchas argumentaciones dirigidas contra el kelsenismo. Para el caso no sirve, pues, de nada, repetir con RENARD que "la técnica jurídica es un utillaje; sus fórmulas mejor traídas, sus mejores recetas, sus invenciones más geniales no constituyen la ciencia del Derecho; no son más que preciosos auxiliares del Derecho positivo. El Derecho

(346) Stammler, *Lehre vom richtigen Recht*, ps. 41 y ss. Cfs. Lask, *Rechtsphilosophie*, p. 315; Sauer, *Rechts- und Sozialphilosophie*, §§ 35 y 36; Maggiore, loc. cit., ps. 374 y ss.; una obra fundamental para el problema de la técnica jurídica es la de Geny, *Science et technique...*; vid. también Meloni, *Tecnica giuridica e sistematica delle riforme del regime fascista;* Schwinge, *Der Methodenstreit in der heutigen Rechtswissenschaft;* Ph. Heck, *Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz* y *Das Problem der Rechtsgewinnung;* Levi, *Filosofia del Diritto e tecnicismo giuridico;* Müller-Erzbach, *Wohin führt die Interessenjurisprudenz?*, etcétera.

positivo es la adaptación de la Justicia a las contingencias sociales. Normalmente, la adaptación se verifica por la mediación de formas técnicas. Estas formas son a modo de servidoras fieles y dignas y es preciso honrarlas, pero dentro de su lugar propio y categoría apropiada; tal vez la criada que hace buena figura con su cofia y su delantal, estará lamentable con el traje de noche de la señora. Para no ridiculizar la técnica, guardémonos de elevarla al altar de la Justicia" (347). Un Derecho formalista no tiene nada que ver con una ciencia jurídica formal a la que su mismo formalismo filosófico impedirá decidirse a priori por el formalismo jurídico que no tendrá para ella más valor que el de uno de tantos posibles "contenidos", irrelevantes para el conocimiento a priori. El estudio de la teoría pura del Derecho no es lo mismo que el estudio de la evolución del Derecho español en la Edad Media, hasta llegar al Ordenamiento de Alcalá que marca el triunfo del espiritualismo jurídico sobre el formalismo. La teoría jurídica pura de KELSEN es "teoría del conocimiento jurídico", "gnoseología jurídica" y, en cuanto tal, su formalismo está plenamente autorizado. Lo que hay que criticar en él son dos cosas: 1.ª, la precedencia atribuída por KELSEN a la gnoseología sobre todo estudio filosófico-jurídico; 2.ª, el exclusivismo absorbente de la misma gnoseología. Pero a KELSEN no es imputable directamente esa precedencia atribuída sobre todo otro estudio, sino ni más ni menos que a KANT para quien la teoría del conocimiento eran los prolegómenos de toda Metafísica del porvenir que quisiera valer como ciencia; y el exclusivismo, consecuencia de lo anterior, ha de imputarse fundamentalmente a las dos escuelas neokantianas que no sólo han basado la Metafísica en la teoría del conocimiento, sino que han diluído toda la Metafísica en teoría del conocimiento. La cuestión se trasplanta, pues, al terreno filosófico y allí es donde ha de resolverse. Nosotros creemos contra los neokantianos — por tanto, también contra KELSEN — que la teoría del conocimiento es imposible sin un previo mínimum en Metafísica, pero para esta cuestión nos remitimos al capítulo dedicado a la fundamental tarea de dar una base ontológica a la

(347) Renard, *Le Droit, la Justice et la Volonté*, p. 180.

teoría pura del Derecho. El error máximo de KELSEN ha estado en la absorción de la Teoría del Estado en el estrecho marco de la teoría jurídica pura, olvidando que se trata de dos estudios completamente diferentes. Es verdad que, como dice SPANN, el Estado tiene que convertirse en Derecho para entrar en relación con el Derecho: pero eso no autoriza a excluir y rechazar como ilegítimo todo otro estudio del Estado diferente del llevado a cabo por la teoría pura del Derecho; además, es obvio que con ésta no se capta la esencia del Estado en cuanto tal, sino sólo su Derecho; el Estado en cuanto tal, es objeto de un estudio sociológico y filosófico social, y entonces se puede seguir diciendo con SPANN: el Derecho tiene que convertirse en Estado para entrar en relación con el Estado, es decir, el Derecho ha de someterse a una consideración sociológica, con lo cual, sin embargo, no se capta su esencia normativa, del mismo modo que no es posible captar la esencia social del Estado cuando se le somete a la consideración puramente jurídica. Por otra parte, ha prescindido KELSEN de poner en relación Derecho y cultura, Derecho y valores, lo que confiere a su teoría un marcado carácter de aridez; y si bien él puede afirmar que "no le interesa" tal investigación, es lo cierto que ese desinterés se contrarresta con la tendencia absorcionista. Quedan, pues, como posibles otros muchos estudios en relación con el Derecho, pues el Derecho no es objeto exclusivo de la teoría jurídica pura que no representa más que uno de tantos posibles "puntos de vista" sobre el Derecho, de igual licitud que los demás. La legitimidad y posibilidad de estos otros puntos de vista no obsta en nada a la posibilidad y legitimidad del punto de vista de la teoría pura, pero sí a su exclusivismo exagerado.

§ 65. OBSERVACIONES AL POSTULADO DE LA "PLENITUD HERMÉTICA" DEL ORDEN JURÍDICO. — KELSEN parte del supuesto de la plenitud hermética (*logische Geschlossenheit*) del orden jurídico: todo orden jurídico es un orden jurídico cerrado, un todo sin lagunas.

Desde un punto de vista estrictamente jurídico, es preciso aceptar incondicionalmente este postulado: el Derecho es un sistema lógico. Como norma de conducta, como "norma agendi",

el Derecho es ante todo un "pensamiento" que contiene un precepto para un caso determinado, estableciendo que a un hecho suceda un cierto resultado. Así, la norma, que es un juicio hipotético, tiene una lógica inmanente. A su vez, el orden jurídico es un conjunto de normas o juicios hipotéticos lógicamente conexionados. El sistema jurídico es necesariamente un sistema lógico, y esta Lógica es anterior al legislador, pues justamente decide ella lo que el legislador no puede hacer ley. El legislador, cuya voluntad confiere validez de hecho a las normas, no puede convertir en ley al mismo tiempo a algo y su contrario. Por eso no puede haber contradicciones en el orden jurídico estatal, aunque a veces estén en vigor simultáneo el precepto constitucional que dispone sobre la forma o el fondo de las ordenanzas del poder ejecutivo, y un decreto que contradice el precepto constitucional: pues esta contradicción sólo es operante desde el momento que se considera, o bien que en el primer caso el precepto constitucional se dirige al legislador, pero hay, además, otro precepto dirigido al juez para que aplique, no obstante, el decreto anticonstitucional, en cuyo caso no existe contradicción, porque el mismo legislador se ha adelantado a suprimirla, o bien el decreto o ley anticonstitucional habrán de ser precisamente derogados en cuyo caso su vigencia es un mero hecho jurídicamente irrelevante, pero no implica una contradicción en el sistema jurídico. Tampoco hay contradicciones en el sistema jurídico unitario formado por el Derecho internacional y el Derecho de los Estados, porque o el propio Derecho interno acepta los tratados internacionales como Derecho propio (artículo 7.° de la nueva constitución española), en cuyo caso la contradicción se resolverá por los medios indicados en el primer caso, o bien el mismo Derecho internacional tendrá los medios de su superación, por ejemplo ante el tribunal de Justicia Internacional. Como dice Moor (348), no ha de hablarse de contradicciones en el orden jurídico, sino en los textos, y el principio de que *lex posterior derogat priori* es el límite lógico de la producción del Derecho. De esta idea de la unidad lógica del orden jurídico se deduce la consecuencia de

(348) Moór, en *Int. Z. f. Theorie des Rechts,* Band II, p. 168.

la ausencia de lagunas. Si algo no está determinado por el derecho, es jurídicamente irrelevante, y puede considerarse como permitido. Cuando se habla de lagunas en el Derecho, se quiere decir que es "injusto", que algo haya quedado sin regulación; se trata, pues, de un elemento crítico, de valoración. SCHREIER, discípulo de KELSEN, ha hablado recientemente de dos clases de lagunas del Derecho: unas "trascendentes", en caso de falta absoluta de regulación de un hecho social; otras "inmanentes", que aparecen dentro del orden jurídico cuando una cuestión es regulada jurídicamente, y no otra cuestión íntimamente ligada con ésta: pero con esto ha abandonado SCHREIER el campo puramente teorético pasando al dominio de las exigencias jurídico-políticas (349). Un Derecho que no puede aplicarse judicialmente no es Derecho positivo, y así del mismo concepto del Derecho positivo deriva la exigencia de la ausencia de lagunas del orden jurídico. Hay que advertir que no es siempre una laguna del Derecho el hecho de que una determinada materia jurídica quede sin regulación, siempre que delegue expresa o tácitamente en las partes, árbitros o jueces, la determinación de la norma individualizada o concreta. Un caso de delegación expresa es el del artículo 1128 del Código civil español que confía al juez la determinación del plazo de las obligaciones que no lo tuvieren señalado, o cuando éste hubiese quedado a voluntad de deudor. Un caso de delegación general es el del artículo 6.° del mismo cuerpo legal que determina que los tribunales no podrán rehusar el fallo a pretexto de silencio, obscuridad o insuficiencia de las leyes, y que a falta de ley o costumbre aplicable exactamente al punto controvertido, sentenciará y fallará con arreglo a los principios generales del Derecho. Como observa el profesor RECASÉNS (350), este precepto que en forma similar figura en muchos códigos modernos, no es sólo un principio jurídico positivo, sino además una necesidad a priori, un postulado forzoso de todo orden jurídico, que puede denominarse principio de la plenitud hermética. En cuanto el Derecho es, a

(349) Schreier, *Interpretation des Rechtsgeschäftes.*

(350) *Adiciones* a Del Vecchio, I, p. 205; cfs. Del Vecchio, *Los principios generales del Derecho,* versión española.

tenor de su sentido esencial, autárquico; y en cuanto que a fuer de unitario el sistema jurídico se ofrece con la pretensión de soberanía absoluta, incondicionada, no puede admitir un ámbito de índole jurídica exento de regulación, positiva o negativa, de modo que no fuere posible la solución de un caso controvertido. El Derecho pretende ser necesariamente una regulación total, desde su punto de vista jurídico, y por eso hay que predicar de él, ineludiblemente, una plenitud hermética. Mas si bien un sistema jurídico vigente ha de considerarse como herméticamente pleno, esto es, como exento de lagunas, en cambio es evidente que de hecho éstas existen en la formulación del Derecho positivo, es decir, que el conjunto de leyes y de costumbres tiene vacíos; y, por lo tanto, urge acudir a un procedimiento, remitirse a un medio para rellenar estos vacíos o lagunas de las leyes y costumbres. Este procedimiento consiste en acudir a un criterio jurídico ideal, que es lo único que rectamente entendido puede significar la expresión "principios generales del Derecho" empleada por el Código civil español, argentino, peruano, mejicano, etc., o la voz "equidad" empleada por el código de Honduras. Los vacíos de las leyes y costumbres se llenan, pues, con la libre creación del juez que actúa por delegación de la ley, con lo cual resulta, de hecho, exento de lagunas el orden jurídico, desde el momento que él mismo previene el modo de colmar sus defectos.

Pero de la unidad lógica del sistema jurídico, no puede pasarse a la llamada por Bergbohm *logische Expansionskraft des Rechtes,* pues si bien es cierto que el contenido de las normas jurídicas encuentra expresión en forma lógica, lo es también que ese contenido no puede ser aumentado lo más mínimo por la Lógica: la Lógica puede poner orden en los contenidos, pero no crear nuevos contenidos. Por la Lógica no puede descubrirse en las normas ningún sentido nuevo que ya de antemano no estuviese contenido en ellas (351). Por importante que el elemento lógico aparezca dentro del orden jurídico, no es más que un elemento secundario: es, precisamente, un medio para un fin práctico; pues el Derecho tiene fines prácticos y no fines lógicos.

(351) Moór, loc. cit., p. 172.

Por el contrario, la aplicación del Derecho es una función casi (no totalmente) lógica; el juez no debe ser el clásico autómata criticado por los partidarios del "derecho libre", pero su misión será siempre, "formalmente", la formación del silogismo, cuya premisa mayor está en las normas y la *propositio minor* en el caso concreto: siendo su función específica decidir rectamente en la conclusión. Lo mismo hace si la norma general le delega a obrar como obraría si actuase como legislador (según la feliz expresión del código suizo de las obligaciones): la norma ideal formulada entonces por el legislador es el contenido de la norma delegante, y el silogismo es idéntico. Sin embargo, en la sentencia hay algo nuevo y distinto del simple silogismo: hay la continuación del proceso creador del Derecho. Pero esto no lo desconoce KELSEN para quien todo acto de aplicación es al mismo tiempo acto de creación; el Derecho es una serie de delegaciones de procedimientos. Por eso se apoya en un completo malentendido, a nuestro juicio, la crítica que ALEXÉEFF dirige contra KELSEN: "si los límites del poder discrecional no son trazados por él mismo sino por el Derecho, se puede reconocer a primera vista que el imperio del Derecho está plenamente asegurado. Tal es el *absolutismo jurídico* moderno. Hay algo de común con el absolutismo político del siglo XVIII, en tanto que este último se traducía en términos jurídicos. El dogma de la omnipotencia de la ley ha cedido su plaza al de la omnipotencia del Derecho. La interpretación estaba ya proscrita, pues se creía que la ley podía preverlo todo. En nuestros días, los partidarios del absolutismo jurídico estiman que el Derecho lo prevé todo: la función del juez se reduce a la construcción de silogismos; la tarea de la administración a lo mismo. Pero tal teoría ensancha la función del Derecho más allá de todo límite. En lugar de ser una fuerza social viva y activa, el Derecho pasaría al estado amorfo de una nebulosa" (352).

(352) Alexéef, en *Int. Zeitschr, f. Theorie des Rechtes*, Band III, p. 218. El autor no deja de hacer la obligada referencia a "ce qui est le plus grave au point de vue methodologique: que la *juristische Konstruktion* n'a rien à faire avec la vie juridique réelle" (p. 212). Como ejemplo ilustrativo de hasta qué punto considera Kelsen ligados "materialmente" a las normas jurídicas los órganos de aplicación del Derecho, citaremos el

Pues nunca ha afirmado KELSEN que el Derecho lo prevea todo, sino que el jurista tiene que concebir el orden jurídico como un todo herméticamente pleno que se basa a sí mismo en virtud de una serie de delegaciones jerárquicamente ordenadas, lo que es afirmación harto diferente, pues la norma general es concebida como una proposición jurídica en blanco que adquiere su contenido por la creación de los órganos que la aplican; el orden jurídico es una serie de ***delegaciones de procedimientos*** (353).

Este problema adquiere un interés especialísimo en la cuestión de las facultades discrecionales de la administración, una cuestión que es un reflejo del más amplio problema de si el Estado no puede obrar más que jurídicamente, o mejor, si sólo la actividad estatal que discurre por cauces jurídicos (estrictamente previstos por el derecho positivo) es actividad jurídicamente legítima. SAUER critica con razón la antigua concepción del Derecho administrativo, incluído entre las "ciencias camera-

caso siguiente: el verano de 1930 el Tribunal austríaco de Justicia constitucional declaró la posibilidad de revisar la validez de los actos de la Administración, por los cuales concedía ésta la dispensa del impedimento de vínculo anterior para contraer nuevo matrimonio; ahora bien, tal decisión del Tribunal de J. C. significaba el triunfo de la opinión contraria a la que en el Tribunal anterior había sostenido el propio Kelsen como ponente: pues según esta concepción, la Justicia estaba ligada al acto administrativo; si se tiene ahora en cuenta que por no existir en Austria una ley de matrimonio civil era asunto "discrecional" el otorgamiento de semejante dispensa se comprenderá fácilmente que la crítica se revolvió en contra de Kelsen con el argumento de que éste, ¡había concedido a la Administración facultades creadoras de Derecho! De modo que, dejando a un lado la cuestión de fondo, resulta que, para Kelsen, la Administración estaba, sin duda, sometida a la ley, pero sólo formalmente, mientras que para los magistrados componentes del Tribunal austríaco de J. C. en el verano de 1930, la subordinación era de carácter también material. Por lo demás, la crítica de tal decisión se llevó a cabo con arreglo a criterios partidistas, pues la opinión anteriormente hecha prevalecer por Kelsen era favorable al divorcio, mientras que en virtud de la sentencia de 1930 quedaban, al parecer, invalidados ipso facto alrededor de 50.000 matrimonios contraídos al amparo de la dispensa otorgada por la Administración, "en virtud de una delegación formal de la ley".

(353) Véase nota anterior. Acerca de este carácter de "delegación de procedimientos" ha insistido de un modo especial Sander y, siguiéndole en lo relativo al Derecho internacional, Verdross.

les", lo que implicaba la confusión entre administración y Derecho administrativo. Muchas veces vuelve hoy a cometerse idéntica confusión y sólo en virtud de ella se explican ciertas críticas. Fuera de eso, es cierto, como hace notar el mismo autor, que las normas jurídicas rígidas juegan un papel mucho menos importante en el Derecho administrativo que en otras ramas del Derecho, y que sólo el Derecho internacional se asemeja al administrativo en este punto. Si cada rama del Derecho tiene su finalidad, la del Derecho administrativo es indudablemente esta: conveniencia u oportunidad y utilidad (354); eso no es lo mismo que decir que la finalidad de la ciencia jurídica sea la misma que la del objeto de su conocimiento. La concepción jurídica de la administración conoce ésta como una actividad estrictamente jurídica, como la concreción de normas generales con el fin de producir lo útil y conveniente a una comunidad; el fin, pues, se logra mediante la aplicación de las normas que lo prevén por modo general. La administración aplica, con un margen más o menos amplio de libertad, las normas generales del Derecho político y constitucional, es decir, crea situaciones jurídicas como el legislador, aunque no por modo general sino concreto, no normativamente sino de hecho. Por tanto, la administración está necesariamente ligada a normas en todo momento, incluso cuando obra en virtud de sus "facultades discrecionales"; pues o éstas consisten en actos de creación del contenido de una norma anterior, tan general como se la quiera concebir, cuya validez, por tanto, es rigurosamente imputable a tal norma, o hay que dar la razón a DUGUIT y decir: ya no hay actos discrecionales. Fuera del orden jurídico no hay actividad que tenga validez jurídica; el mal ha estado, sin embargo, en partir en esta cuestión como supuesto positivo o negativo de la confusión de orden jurídico y ley: pero a KELSEN no es imputable esta confusión, al menos después de adoptada su concepción dinámica del orden jurídico.

Para acabar de perfilar esta cuestión, es curioso hacer notar que el racionalismo de KELSEN le impide reconocer que el orden jurídico, en sí mismo considerado, es un material lógico. Él afirma precisamente lo contrario. Es la ciencia jurídica la que hace un "orden" con el Derecho. "Si se distingue entre Derecho y ciencia jurídica, dice, como se distingue entre naturaleza y ciencia natural, no se puede ver en el Derecho y en la naturaleza, en tanto que se los considere como objetos del conocimiento, más que puros *alógicos*" (355). Claro que a esto puede oponerse desde un

(354) Sauer, *Rechts- und Sozialphilosophie*, § 40. Cfs. A. Mendizábal, *El Derecho natural en la ciencia administrativa.*

(355) Kelsen, en *Z. öff. Recht*, Band III, p. 162.

punto de vista inmanente que el Derecho no es lo mismo que la naturaleza, pues siendo aquél un producto espiritual, ha de conservar necesariamente las trazas lógicas del espíritu que lo crea. Para KELSEN es la ciencia jurídica la que produce las normas, es decir, los juicios hipotéticos. Pero, ¿por qué no había de poder disponer el legislador mismo de los mismos medios que el jurista y producir por sí mismo los juicios hipotéticos, antes de que la ciencia jurídica se lo atribuyera? Lo que, en este punto, tiene de verdadero la doctrina de KELSEN, es que como ya se ha indicado lo lógico no es lo primario en el Derecho, que tiene fines prácticos: pero tampoco ha de negársele toda logicidad inmanente.

Frente a KELSEN sostiene la concepción radicalmente opuesta SANDER, cuya "teoría de la experiencia jurídica", ya conocida por nosotros, encuentra en el Derecho elementos no sólo de la Lógica formal sino de la Lógica transcendental y hace del procedimiento jurídico un proceso de conocimiento. Pero el Derecho no es ni alógico ni es sólo Lógica transcendental; y ambas opuestas doctrinas, kelsenianas y sanderiana, han de ser rechazadas en su rigidez, de raíz auténticamente racionalista, basadas en interpretaciones divergentes de KANT.

C) Sobre la posibilidad de una teoría formalista del Estado

§ 66. CRÍTICA DE LA IDENTIFICACIÓN TOTAL DE ESTADO Y ORDEN JURÍDICO. — Algunos profesores alejados de la ideología no sólo científica sino política de KELSEN, han visto en la identificación de Estado y Derecho, nada menos que la negación pura y simple del Estado y, en consecuencia, han atribuído a KELSEN un ideario anarquista. Así, de modo especial, HOLD-FERNEK, profesor en Viena. Sin embargo, nada más falso que esa interpretación. Lejos de poseer KELSEN un temperamento anarquizante, su ideario es francamente estatista. KELSEN no sólo es autor de obras de teoría jurídica pura, se ha asomado también al campo político y social en muchos de sus escritos, y pára rechazar el aserto de HOLD bastaría recordar el libro "Sozialismus und Staat" en el

que KELSEN rechaza el marxismo precisamente por su tendencia anarquista, y proclama el retorno a LASSALLE.

El problema de la "negación" del Estado se plantea en el dominio gnoseológico; y en cuanto que esta postura gnoseológica refleja un ideario político, éste no es otro que la vieja ideología liberal dieciochesca del Estado de Derecho.

En todo caso, el problema de las relaciones entre Estado y Derecho es uno de los temas centrales de la actual especulación germánica. Y hay que reconocer que, en este punto, la crítica unánime no ha sido favorable a KELSEN. Al mismo KELSEN le es difícil mantener en todo momento sus posiciones rígidas y, en ocasiones, las abandona inconscientemente. Para él, el Estado está constituído por una serie de órganos creadores de orden jurídico; esos órganos no pertenecen al Estado en cuanto hombres, solamente la función orgánica, es decir, los actos jurídicamente relevantes que realizan, son tomados en consideración. Pero lo esencial del Derecho es regular él mismo su propia creación y establecer una regla de imputación; pero en la base de la escala del orden jurídico se hallan los actos de mera ejecución que ya no son Derecho — pues ya no son creación y, por tanto, no son norma — y, sin embargo, son actos del Estado, jurídicamente relevantes, pues se imputan a la unidad del orden jurídico, sin ser ellos, de por sí, Derecho: luego hay algo que escapa a la total identificación de Estado y orden jurídico, y hay lugar para una diferenciación. "Si no se quiere sostener, dice VERDROSS (356), que el Estado es un conjunto de normas y de hechos conformes a las normas, lo que haría fuerza al lenguaje y podría obscurecer el carácter del Derecho, podría recomendarse designar como orden jurídico un conjunto de determinadas normas, y como comunidad jurídica un conjunto de acciones reguladas por las normas, es decir, el conjunto de acciones jurídicas". Con esto da el insigne profesor de Viena un salto importante sobre la doctrina de su maestro en doble sentido: pues no sólo separa Derecho y Estado, sino que rompe con la identificación de Derecho y Derecho del Estado; VERDROSS habla del Derecho de la comunidad jurídica y como tal

(356) Verdross, *Verfassung*, p. 8.

entiende, además del Estado, la comunidad jurídica internacional que, evidentemente, no es Estado, y la misma Iglesia que tampoco es Estado y es, sin duda, comunidad jurídica (357). Pero sobre este extremo insistiremos más adelante.

SANDER dice que confundir Derecho y Estado es confundir fenomenología del Derecho y ontología del Estado. El concepto jurídico del Estado no puede ser encontrado más que en el Derecho; pero el Estado mismo no puede ser encontrado en el Derecho, pues justamente representa el objeto de la "intención" total del Derecho. El Estado no se agota en los actos jurídicos en que es pensado, porque es pensado en múltiples actos del más diverso carácter (religiosos, estéticos, nacionales, económicos, jurídicos, etc.), y hay, por tanto, diversas doctrinas del Estado, es decir, fenomenologías de las varias representaciones concienciales del Estado. Pero todas estas fenomenologías no se ocupan más que de representaciones, de "simbolizaciones" del Estado; ninguna, empero, le agota. Sólo la Teoría general del Estado, como ontología del Estado, se dirige a través de las diversas perspectivas a la totalidad del Estado en sí, que encierra la real interdependencia de los múltiples actos y hechos físicos que lo constituyen (358). Para SANDER, la substancia del Estado no es el Derecho sino el dominio, el imperium; el imperante se liga al Derecho por propia voluntad y los súbditos, en cambio, están sometidos al Derecho por voluntad del imperante. Todo acto jurídico del Estado enraiza en un acto de dominio y, así, todo acto del Derecho del Estado se apoya, en último término, en un acto puro del Estado. El Estado no es el Derecho sino la substancia metafísica del Derecho, lo que da realidad, es decir, positividad al Derecho del Estado (359). SIEGFRIED MARCK reconoce a KELSEN la razón de haber destruído el concepto de un Estado metajurídico,

(357) Verdross, *Einheit;* cfs. Wielikowski, *Neukantianer*, p. 166.

(358) Sander, *Z. öff. Recht*, Band IV, p. 1924.

(359) Sander, *Arch. öff. Rechtes*, 1926, p. 203: Der Staat ist (also) nicht das Recht, sondern der Staat ist die metarechtliche Substanz des Staatsrechts, die unabhängig von ihrer ihr nicht wesentlichen Funktion, der Staatsrechte, beharrt und aus welcher das Staatsrecht seine Wirklichkeit, seine Positivität schöpft". Cfs. Jöckel, ob. cit., ps. 130 y ss.

como una substancia metafísica más allá del Derecho que lo produce o sostiene, lo cual respondía a una hipostatización ilegítima, a una conversión de lo "relacional" en "substancial". KELSEN tiene el mérito de haber logrado descartar la idea de un Estado concebido como una cosa substancial, separado del Derecho, con el cual se relacionaría en algún modo. Pero esto no autoriza a deducir la identificación de uno y otro, y negar la posibilidad de un estudio sociológico del Estado. Según MARCK, KELSEN ve en la Sociología una especie de Psicología que estudia, no sólo la serie de sucesión de ciertos fenómenos psíquicos, sino también el sentido objetivo de sus contenidos coincidentes en varios individuos; y como el contenido o sentido objetivo de los fenómenos que se llaman estatales es el orden jurídico, concluye que el objeto llamado Estado es el correlato del método jurídico, es decir, orden jurídico. Pero prescinde del estudio estrictamente sociológico sobre la posición psíquica de los hombres con respecto a estos contenidos jurídicos, el modo cómo han surgido, las probabilidades de realización con que pueden contar, lo que constituye precisamente el conjunto de factores empíricos que al conceder positividad a un orden normativo hacen posible la existencia del Estado y condicionan su configuración. No obsta la íntima conexión en que se halla la comunidad estatal con relación al Derecho — hasta el punto de que su sentido objetivo consiste precisamente en éste y su misión en realizarlo — para que su substrato real pueda ser considerado como una forma de sociedad y estudiado como tal. Es verdad que el concepto jurídico del Estado no coincidirá con lo que es objeto del estudio sociológico de la sociedad política; entre ambos conceptos del Estado se da la misma relación que entre la realidad del ente colectivo y su expresión o concreción jurídica, o sea su personalidad jurídica, y por tanto, análoga relación a la que media entre el yo individual y el sujeto individual de Derecho (360).

También para SANTI ROMANO son coincidentes Estado y ordenamiento jurídico; pero su concepto del ordenamiento jurídico

(360) Marck, ob. cit., p. 20; Recaséns, *Adiciones* a Del Vecchio, I, páginas 317 y ss.

difiere esencialmente del kelseniano. Para él, el Derecho no es la norma que se pone, sino la entidad que pone la norma. La norma no es más que la voz, una de las voces de la entidad que la pone, un reflejo de su objetividad. El Derecho, antes de ser norma, antes de referirse a una simple relación o serie de relaciones sociales es organización y estructura, posición de la misma sociedad en que se desenvuelve y que lo constituye como unidad, como ente subsistente por sí. El concepto, pues, que puede explicar el concepto del Derecho es el de institución; todo ordenamiento jurídico es institución, y toda institución es ordenamiento jurídico (361). En cambio KELSEN identifica el Estado con las normas, porque identifica las normas y el ordenamiento jurídico. Cabe, pues, decir que el Estado es una institución. Una institución, dice HAURIOU (362) es una idea objetiva transformada por un fundador en una obra social, idea que recluta adhesiones en el medio social y sujeta así a su servicio voluntades subjetivas indefinidamente renovadas. El individualismo subjetivo crea vida social, pero no crea orden por sí solo; su efervescencia continua mantiene la materia social en fusión. Aun las organizaciones fundadas en el poder son inestables si se las considera como *imperium continentia*, porque el poder es caprichoso, deshace un día lo que hizo el anterior y además el poder dura sólo lo que dura la vida del hombre que lo detenta. Para que el orden se constituya, para que la materia social se solidifique, coordinándose sus partes de un modo duradero, se precisa la intervención de un nuevo elemento, que habrá de ser objetivo y que se contiene ya implícito en las relaciones. Este elemento es la idea. La idea es objetiva aunque se

(361) Santi Romano, *L'ordinamento giuridico*, ps. 27-28.

(362) Hauriou, *Principios de Derecho público*, ps. 82-84; del mismo: *Le pouvoir, l'ordre et la liberté*, en *Rev. de Mét. et de Moral*, 1928. Para una ontología del Estado y de las comunidades sociales en general, cfs. Renard (discípulo de Hauriou), *Théorie de l'institution;* Scheler, *Der Formalismus in der Ethik;* Th. Litt, *Individuum und Gemeinschaft;* Smend, *Verfassung und Verfassungsrecht;* Walther, *Zur Ontologie der sozialen Gemeinschaften (Jahrb. f. Phänomenologie,* Bd. V); Fischer, *Psychologie der Gesellschaft (Handb. der vergleichenden Psychologie,* Bd. II); Spann, *Gesellschaftslehre y Kategorienlehre;* Vierkandt, *Gesellschaftslehre;* Hildebrand, *Metaphysik der Gemeinschaften.*

introduzca en la sociedad por la intermediación de las conciencias húmanas, y es objetiva porque, viniendo de fuera, ha penetrado en estas conciencias a las que, por otra parte, supera y porque tiene su existencia en el reino de lo inteligible. Esta idea, realizándose, vive en un proceso que podríamos calificar con SMEND de "integración". El Estado es así una parte de la realidad espiritual. Es una actividad cultural que, como todas las realidades de la vida espiritual es movimiento vital, necesitado de perenne renovación y reelaboración. No tiene, pues, el Estado la realidad de una substancia en reposo, sino la realidad viva de los actos espirituales. Es realización funcional, proceso continuo de superación y desarrollo. Sólo en este proceso y en virtud de él, puede hablarse de realidad espiritual. El Estado no es, pues, un todo reposado del que emanan decretos, leyes, actos diplomáticos, etc., sino que existe precisamente en esos actos y vive solamente en ese proceso qüe, aplicando las palabras de RENAN, podría calificarse como un "plebiscito cotidiano" (363). En el Estado se dan dos momentos o ingredientes que, aunque deben ser distinguidos rigurosamente en la esfera conceptual, se hallan inseparablemente unidos por una conexión dialéctica, a saber: sus elementos personales y reales y su participación en el reino ideal de los valores. KELSEN ha visto bajo la equívoca palabra "integración", una "trivialidad": para él, integración no puede significar más que "unión de hombres", y nada más. Por eso encuentra ahí el elemento político de la doctrina de SMEND, matizada de sentido conservador (364). Pero es indudable que en este proceso de integración radica la realidad del Estado; la adhesión, siempre renovada, a las ideas objetivas, la participación en ciertos valores es lo que mantiene unidos a los hombres y no el aparato coactivo del or-

(363) Smend, *Verfassung und Verfassungsrecht*, ps. 18-20 y 40-47; sobre la teoría constitucional, ps. 78 y ss.: "Die Verfassung ist die Rechtsordnung des Staates, genauer des Lebens, in dem der Staat seine Lebenswirklichkeit hat, nämlich seines Integrationsprozesses. Der Sinn dieses Prozesses ist die immer neue Herstellung der Lebenstotalität des Staates, und die Verfassung ist gesetzliche Normierung einzelner Teilen dieses Prozesses." Cfs. Schmitt, *Verfassunglehre*.

(364) Kelsen, *Der Staat als Integration*, principalmente p. 46.

den jurídico. Como dice DEL VECCHIO, "un Estado puede existir indudablemente hallándose lejos del ideal de armonía perfecta y de compacta unidad. Puede existir también si las fuerzas de cohesión logran prevalecer siquiera un poco sobre las disgregantes o centrífugas. Pero estas últimas pueden ser lo bastante fuertes para hacer llevar al Estado vida triste e ingrata y paralizar su acción. Un Estado no puede vivir y prosperar verdaderamente más que cuando además del nexo que da unidad formal a los participantes de un mismo ordenamiento jurídico existe también entre ellos un ligamento ético: una profunda unidad del querer, una real comunión de espíritus y una fe ardiente en la religión civil de la patria" (365).

Es preciso rechazar decididamente la teoría de la identificación total de Estado y orden jurídico, que no tiene más valor que el que se quiera atribuir a su premisa gnoseológica, exacerbadamente neokantiana. KELSEN niega el Estado porque si el objeto científico es un producto del método, el producto del método jurídico no puede ser más que el Derecho, y por tanto, el Estado es excluído como tal del estudio jurídico; pero como es forzoso que el jurista se ocupe del Estado, ha de reducirlo a orden jurídico y negarle substantividad propia. Así resulta que, aun dentro del supuesto gnoseológico kantiano, no tiene razón KELSEN para negar la realidad social del Estado o, mejor, para impedir que a la realidad social objeto del estudio sociológico que es el sustrato real del concepto jurídico del Estado, se le llame Estado. Según BINDER (366) aun desde el punto de vista de los marburgianos es equivocada la equiparación de Estado y Derecho; la posición kelseniana confunde el problema trascendental de la condicionalidad "del" objeto empírico, con la formación de conceptos generales "de" objetos empíricos; y tan cierto que el conocimiento no presupone sino que crea sus objetos, es que del objeto así condicionado y posibilitado pueden lograrse una multitud de conceptos por inducción y abstracción según las diversas facetas del objeto que interesan a cada una de las disciplinas que con él se ocupan, cada una de las cuales se crea, así, su objeto. Del mismo objeto empírico, las estrellas, crean la Astronomía, la Física y la Matemática diversos objetos, cada una su objeto, y del mismo modo puede la ciencia jurídica crearse un objeto de la realidad "Estado", objeto, sin embargo, que ya no

(365) Del Vecchio, *Sulla statualità del diritto*, extracto de la *Riv. Int. di Fil. del diritto*, 1929, p. 22 de la separata.
(366) *Phil. des Rechtes*, ps. 484-487.

podrá ser el Estado mismo, sino el Derecho del Estado, pues el Estado que ella no puede comprender con sólo sus propios medios constituye un supuesto necesario ya que es impensable un Derecho del Estado sin Estado. Así resultan inútiles los esfuerzos de KELSEN por salir de la teoría de la autolimitación, por ligar jurídicamente al Estado. JELLINEK tenía razón al afirmar que se trataba de un problema metajurídico: lo que quiere decir que se trata fundamentalmente de un problema ético. O, como dice BINDER: que el Estado esté ligado al Derecho es una necesidad de la razón práctica, pero no de la razón teórica (367). De ahí se deduce la posibilidad de una ilegalidad del Estado, posibilidad admisible aun en la teoría de la identificación de Estado y Derecho. SANTI ROMANO, que ya hemos visto que la sustenta, opone, sin embargo, a KELSEN: "poniendo en circulación una vieja teoría, sostiene no ser posible una ilegalidad del Estado, porque el Estado no puede considerarse más que como ordenamiento jurídico. Evidentemente, esta teoría confunde lo que el Estado *es* con lo que el Estado *hace:* en cuanto es, el Estado no puede jamás mostrarse contrario al Derecho; en cuanto obra, sí" (368). Pero conviene

(367) Binder, ob. cit., p. 513: "Insofern hat es ein Sinn zu sagen: Der Staat kann nicht Unrecht machen. Aber das bedeutet nicht die naturgesetzliche Unmöglichkeit, sondern die Wesensgesetzlichkeit; dieses Nichtkönnen liegt ja in der Sphäre der Idealität: der Staat, der seine Rechtsordnung bricht oder verletzt, handelt gegen seine eigene Idee, und es entspricht daher seiner eigenen Idee und bedeutet eine Forderung aus seiner eigenen Lebensnotwendigkeit heraus dass er gegenüber dem begangenen Unrecht das Recht wieder herstelle... (So) fordert auch jener Satz, dass der Staat nicht Unrecht tun könne, seine Ergänzung in dem Gegensatz, dass der Staat Unrecht tun kann: er kann es nicht, so lange er seiner Idee entspricht, so lange diese Idee das Verhalten aller seiner Organe bestimmt, er kann es, so bald er seine Idee vergisst, und das Ergebnis aus dieser Ueberlegung ist das politische und sittliche Postulat, dass der Staat nicht Unrecht tun soll."

(368) Santi Romano, ob. cit., p. 45, nota. Cfs. von Hippel, *Arch. öff. Rechts,* 1923, ps. 331-332: "Ist (somit) der Begriff der Zurechnung bei Kelsen ein einheitlicher, gibt allein die Rechtsordnung Antwort auf die Frage, wenn und was jemandem zuzurechnen ist, dann ist nicht zu verstehen, was rein logisch, rein formal hindern könnte dem Staat einen Unrechtstatbestand zuzurechnen. Und tatsächlich gibt es genug Rechtssätzen dieser logischen Struktur; so lautet z. B. n. 131, Satz 1 der Reichsverfassung: "Verletzt ein Beamter in Ausübung der ihm anvertrauten öffentlichen Gewalt die ihm einem Dritte gegenüber obliegende Amtspflicht, so trifft die Verantwortlichkeit grundsätzlich den Staat oder die Körperschaft, in deren Dienste der Beamte steht." Wendet man den Kelsensche Begriff der Zurechnung an, so wird hier also dem Staat wenn

advertir que, para KELSEN, no es que todo acto del Estado sea, por lo mismo, un acto legal y jurídico, sino a la inversa: sólo los actos jurídicos y legales son actos del Estado; los actos no imputables a la unidad del orden jurídico no son actos del Estado; son *nichtstaatlichen Akte.*

Por lo demás, es cierto que Estado y Derecho pueden coincidir, pero no son idénticos. Nosotros creemos que no es posible un Estado sin un orden jurídico, pero no todo orden jurídico implica un Estado. La relación suele presentarse gráficamente (369) en forma de dos círculos semiconcéntricos; a un lado queda el Derecho sin Estado, a otro el Estado sin Derecho (tiranía, dictadura del proletariado...) y la actividad extrajurídica del Estado; Estado y Derecho coinciden en el Estado de Derecho y en el Derecho del Estado. Desde un punto de vista puramente jurídico-formal, sería difícil afirmar la existencia de Estados sin Derecho; el Derecho es algo consubstancial a toda sociedad, y aun en regímenes despóticos no puede asegurarse la inexistencia de un mínimum jurídico con validez de tal. En períodos revolucionarios cesa la vigencia del orden jurídico antiguo y todavía no ha podido ser creado un orden jurídico nuevo; se trata entonces de un Estado sin Derecho, pero se trata también de un fenómeno transitorio; por otra parte, un estado continuado de anarquía, de ausencia de todo orden jurídico, acabaría por implicar la desaparición del carácter estatal de la comunidad en cuestión. En cambio, no puede afirmarse con otros autores que todo Derecho sea Derecho del Estado; hay, como dice STAMMLER, Derecho en territorios sin Estado *(staatlose Gebiete)*; en general, todo Derecho es Derecho de una comunidad jurídica: pero el concepto de comunidad jurídica es más amplio

ein Beamter unter bestimmten Voraussetzungen einen Unrechtstatbestand setzt, dieser zugerechnet, als ob der Staat selbst das Unrecht begangen hätte."

(369) Cfs. Tatarin-Tarnheyden, en *Festg. f. Stammler* ps. 541-542: "Staat und Recht drei Begriffsmerkmalen miteinander teilen. Beide stellen eine Verbindung des Wollens dar und zwar eine selbstherrliche. Es fehlt aber dem Staate das Merkmal der Unverletztbarkeit. Auch der Tyrannen, der Willkürstaat ist ein Staat. Dafür aber gehört er im Gegensatz zum Recht der Welt der äusseren Erscheinungen an. In ihm wird der Wille zur äussere Macht. Der Staat ist vor allem Macht, äussere Macht — darin haben die Machttheorien recht — aber doch nicht entfesselte Naturgewalt, sondern diejenigen höchste Machtenfaltung, die aus dem menschlichen Wollen selber herausgeboren wird. Der Staat ist höchste menschliche Machtorganisation (Machtverband) und damit nicht mehr eine innermenschliche Form des Wollens wie das Recht, sondern eine soziale Erscheinung, die zugleich der Welt der äusseren Erscheinungen angehört". Véase Sander, *Archiv öff. Rechts*, 1926, p. 199.

que el de Estado. Así, por ejemplo, aunque el Derecho de la Iglesia haya de ser imputado, en último término a la norma jurídica fundamental estatal si ha de tener validez jurídica, no quiere decir esto que el Derecho de la Iglesia sea Derecho del Estado o que la Iglesia derive del Estado su facultad de libre creación jurídica. En este punto podría decirse con DEL VECCHIO (370) que el Estado es el punto ideal de convergencia al cual deben ser referidas todas las determinaciones jurídicas que pertenecen a un sistema: en cuanto que, sin tal referencia, la conexión positiva aparecería destrozada o en peligro, y las determinaciones singulares no podrían a su vez poseer plenamente el carácter de positividad. Lo mismo podría decirse del Derecho internacional. Pero no es preciso mirar las cosas únicamente desde el punto de vista del primado del orden jurídico estatal: el jurista deberá adoptar, sin vacilación, tal punto de vista, en tanto que la legislación positiva de su Estado no le permita otra cosa; pero el teórico del Derecho debe elevarse al punto de vista del primado del orden jurídico internacional. La validez jurídica del Derecho estatal deriva de su posición por la voluntad social soberana; pero esta voluntad social hay que concebirla jurídicamente como delegada por la "constitución" internacional que la convierte en órgano de la comunidad jurídica internacional. Y esa misma norma confiere al Derecho de la Iglesia autonomía jurídica, y delega en el Derecho de cada Estado los procedimientos para zanjar las diferencias que surjan entre determinaciones contrapuestas de ambos Derechos; un procedimiento que no puede diferenciarse jurídicamente en nada del procedimiento empleado para resolver las contradicciones surgidas entre el Derecho del Estado y el Derecho internacional.

La identificación total y absoluta de Estado y orden jurídico ha de ser, pues, radicalmente eliminada. De nada sirve decir que la teoría pura del Derecho se conforma con ser una teoría del Derecho positivo, si a continuación su exclusivismo llega a absorber en su seno toda la teoría del Estado, negando a ésta su autonomía específica. Como dice muy bien el profesor RECASÉNS (371), los problemas metajurídicos podrán ser excluídos del campo inmanente de una ciencia jurídica en sentido técnico, la cual se constituye sobre un armazón o sistema lógico de conceptos normativos; pero no deben ser expulsados en modo alguno de una filosofía del Estado y del Derecho, la cual tiene cabalmente por objeto, indagar estas cuestiones previas, es decir, los supuestos sobre los que se edifica la ciencia jurídica estricta, supuestos filo-

(370) *Sulla statualità del diritto*, p. 12 de la separata.
(371) Recaséns, *Adiciones* a Del Vecchio, I, p. 343.

sóficos que, naturalmente, exceden de la misma. Por transcender de ésta es por lo cual empleamos la denominación "meta" para designarlos; pero por representar algo colindante con el Derecho, es más, aquello que lo constituye y explica en última instancia es por lo cual añadimos a aquella indicación de transcendencia ("meta") la calificación "jurídica", llamándolos "metajurídicos". La ciencia jurídica estricta se aloja en la concavidad de la esfera del sistema jurídico: los problemas metajurídicos circunscriben y bordean esta esfera, esto es, son el lado convexo de la misma. La base sobre que se asienta un edificio y las ideas que lo engendran no pertenecen rigurosamente al mismo; pero sin dicho fundamento y sin dicho espíritu, la construcción no puede ser levantada ni sostenerse: ni, por tanto, ser entendida ni explicada totalmente. Recluirse en las líneas del edificio, olvidando el asiento que lo fundamenta en un primer plano; encerrarse en la concavidad de una esfera, cegándose para las regiones externas inmediatas a la misma que condicionan su existencia, que es lo que hace la teoría jurídica pura de KELSEN, es un proceder harto unilateral que acaso se pueda justificar metódicamente y sea muy fructífero para la economía interna de la ciencia jurídica estricta, pero que no puede ser ofrecido como programa para una indagación total, filosófica del Derecho y del Estado. Y uno de los problemas capitales de ésta es, sin duda, la comprensión del Estado como algo que crea o formula, da vida y circunscribe al Derecho. Jurídicamente, pues, el jurista no puede concebir un Estado distinto del Derecho ni un Derecho extraño al Estado: pero esto no quiere decir que el jurista capte con su método la esencia del Estado; él no puede estudiar más que el Derecho del Estado. El Estado es, fundamentalmente, objeto de la Sociología, la cual comprende el Estado como una especie de lo que constituye su objeto de estudio más importante: la comunidad; pues el Estado es una comunidad determinada y delimitada por criterios jurídico-políticos. Y para SAUER (372) este concepto sociológico coincide con el jurídico: pues la misma Sociología ve la característica esencial de la comunidad estatal en un elemento jurídico. Estado y Derecho son,

(372) *Rechts- und Sozialphilosophie*, p. 197.

por eso, conceptos correlativos; materialmente, expresan lo mismo. El concepto del Estado es un concepto sociológico, el concepto del Derecho es un concepto jurídico, pero el mismo concepto del Estado puede convertirse en jurídico y el concepto del Derecho en sociológico, puesto que también el Derecho ha de ocuparse de la comunidad a la cual regula, y la doctrina de la sociedad ha de ocuparse de la voluntad social que crea el Derecho. Por eso formula SAUER las siguientes definiciones: "Estado es la comunidad sedentaria dotada de poder supremo de coacción y regulada por un ordenamiento jurídico: "Derecho es el ordenamiento jurídico de una comunidad sedentaria dotada de poder supremo de coacción". Pero repetimos que no se trata con esto de que sólo el Estado pueda crear Derecho.

La consecuencia es que la teoría pura del Derecho no puede ser la base de una Teoría del Estado, sino que precisamente una teoría del Estado, construída con materiales político-sociológicos, es un supuesto previo de un estudio jurídico del Derecho del Estado. El Estado puede y debe ser, pues, concebido y estudiado metajurídicamente, como un fenómeno de cultura — como una síntesis real de actividades espirituales, con un sustrato de elementos personales, y participante en la esfera ideal de los valores; — como ser dinámico que, sin perder su movimiento, cuaja y se expresa mediante el Derecho que segrega. Jurídicamente — puesto que la Jurisprudencia es una ciencia cuyo objeto son normas — el Estado se expresa sólo como Derecho y a través de él: pero aun cuando aislemos mentalmente este precipitado normativo, construyendo el sistema lógico del orden jurídico, urge no seccionarlo radical y definitivamente, ni de la corriente vital que lo produce y sostiene, ni de su relación con las ideas de valor que le dan sentido (373).

§ 67. SOBRE LOS CONCEPTOS KELSENIANOS DE "PERSONALIDAD" Y "VOLUNTAD DEL ESTADO". — Consecuente con su criterio rígidamente normativista, KELSEN ha eliminado el viejo concepto de personalidad jurídica que ha substituído por un concepto nor-

(373) Recaséns, *Adiciones*, I, p. 350.

mativo de la personalidad, en el que la voluntad deja de ser un factor real psicológico para convertirse en una construcción normativa. Es preciso ver la razón por la cual KELSEN se cree obligado a eliminar de su construcción de la personalidad todo factor psicológico y ético, y deducir la licitud del concepto por él formulado.

¿Por qué elimina KELSEN el concepto de voluntad psicológica de su concepto normativo de la voluntad? Ante todo, porque parte de un supuesto psicológico equivocado. Comprende que el psicologismo al uso (al uso en la época en la que KELSEN escribió su primera gran obra) no puede suministrar base para una teoría jurídica. Esta psicología es la psicología sin alma, y cabría decir también "psicología sin voluntad psicológica". Se trata de un punto de vista que hace del querer un impulso, un "poner en movimiento el cuerpo", y que define la voluntad como acto "psíquico por el que los nervios motores son directamente excitados" (374). El punto de partida, el género próximo, es absolutamente cierto: la voluntad es un acto psíquico. Pero la diferencia específica no es consecuente: que los nervios motores se exciten o no, no es algo psicológico, sino fisiológico. El concepto de voluntad que maneja la ciencia jurídica (sin excluir la kelseniana que lo maneja como supuesto negativo), es un concepto híbrido, un concepto psicofísico, pero no un concepto psicológico, que no puede tener más que características psicológicas. La voluntad que maneja la ciencia jurídica no es la voluntad psicológica en el sentido de "vivencia interna de algo", de "afirmación interna de algo", sino la voluntad en el sentido de la fisiología de los nervios. Es indudable que de este concepto de voluntad no puede obtenerse ningún provecho y que KELSEN está autorizado a prescindir de él (375). Pero KELSEN desconoce que existe una imputación psicológica porque no se fija más que en la causación psicológica; y, sin embargo, el concepto de imputación psicológica lo tenemos en cuenta cuando se piensa, por ejemplo, en la cuestión de la "capacidad de imputación", y todo el mundo sabe dis-

(374) Mezger, *Sein und Sollen*, ps. 71-72.

(375) Mezger, ob. cit.; cfs. Binder, *Rechtsbegriff*, cap. II; *Phil. des Rechtes*, p. 763.

tinguir perfectamente esto de la causación en sentido físico. Este desconocimiento por parte de KELSEN de la específica esfera psicológica en su autonomía, es harto característica, pues representa justamente el punto de coincidencia del ser y del valor, en la unidad de su sentido y significación. Pero KELSEN no conoce, fuera del valor y de las normas, más que la naturaleza. Su eliminación de lo psicológico — aquí de la voluntad — y el escaso aprecio de la eficacia lógica de esta esfera — en este caso para brindar un posible sujeto normativo — se condicionan mutuamente. KELSEN no espera que el sujeto psicológico pueda cumplir una función para la que él ha ideado un sujeto especial, él no cree poder encontrar en la esfera psicológica la representación de una totalidad, la imputación que debe seguir al yo y no a un querer aislado o acción aislada, y por ello piensa que la imputación no puede realizarse sin la construcción *ad hoc* de un sujeto normativo. Pero precisamente la esencia del yo consiste en presentarse en cada manifestación de la vida como una totalidad, sin disolverse en ninguna de ellas (376). Y respecto de la imputación en cuanto enlace de un cierto hecho con un sujeto, no se agota en la norma ética o jurídica. La intención del que obra y el sentido de su conducta representan un principio de vinculación que llena los requisitos exigidos en el concepto de imputación. Imputar a alguien un hecho, un efecto, significa constatar una plena, ideal conexión entre la conducta o motivos y el hecho. Comprender esta conexión es algo más que dar una explicación científica. Tal conexión, además, tiene que existir antes de la valoración por una norma, pues la imputabilidad en sentido psicológico es el supuesto de toda culpa o ausencia de culpa. Ciertamente hay que distinguir, y aquí tiene KELSEN plena razón, entre el constatar una relación causal y la imputación, pero la distinción no corresponde ya a la distinción entre ley natural y norma, sino a la distinción entre la causalidad mecánico-natural

(376) Marck, *Substanz- u. Funktionsbegriff*, p. 13; cfs. Max Scheler, *Formalismus*, p. 400: "... Vielmehr steckt in jedem vollkonkreten Akt die ganze Person und "variirt" in und durch jeden Akt auch die ganze Person, — ohne das ihr Sein doch in irgendeinen ihrer Akte aufginge oder sich wie ein Ding in der Zeit "veränderte".

y la psicológica o motivadora. En la Psicología se verifica una selección de las series causales, desde el punto de vista psíquico, que tiene por consecuencia una selección posterior desde el punto de vista normativo. Lo mismo en la imputación en el caso de omisión: la imputación psicológica es también aquí independiente de la valoración normativa. Sólo en el caso de la omisión por negligencia, que es objeto de valoración por una norma, sin que pueda entrar en la serie de la causalidad psicológica, podría parecer justificada: pero bien se comprende que se trata de una excepción que confirma la regla. Todo intento de substituir la voluntad psicológica y el sujeto psicológico por un sujeto normativo tiene que fracasar (377).

Pero no es preciso olvidar que el problema de la personalidad debe ser desdoblado en el problema filosófico de la personalidad moral y en el problema estrictamente jurídico de la personalidad jurídica, que es el aquí debatido. Como dice HAURIOU (378), la personalidad moral o social es una institución social y moral, así como la personalidad jurídica es una institución jurídica. Por tanto, la personalidad moral puede tener una realidad en calidad de institución moral y social, mientras que la personalidad jurídica puede ser considerada como un simple medio de la técnica destinado a adaptar a las exigencias del Derecho el ser moral de estas instituciones morales, como ya sirve para adaptar a él el ser moral de los individuos humanos. La personalidad jurídica no es más que una máscara ("persona") puesta sobre la personalidad moral, cuya principal utilidad es fijar en una cierta actitud la fisonomía moral del hombre que, en la realidad, es demasiado móvil, fluctuante y diversa para servir de sujeto a derechos subjetivos esencialmente estables. Es, si se quiere, una estilización de la personalidad moral, en la cual hay, como en

(377) Marck, ob. cit., p. 15.

(378) *Précis de Droit constitutionnel.* Sobre la construcción kelseniana de la persona jurídica puede verse: Marck, ob. cit., cap. IV, ps. 104-108; Kokourek, *Personalità,* en *Riv. Int. di Fil. del Diritto,* V, 1925; Golab, *L'essenza della persona giuridica,* en ib., 1926: Sauer, *Rechts- u. Sozialphilosophie,* ps. 140 y 269; Jöckel, *Kelsens rechtsth. Methode,* ps. 124 y ss.

toda obra de arte, algo de artificial. Pero toda persona moral tiene derecho a ser estilizada de este modo en persona jurídica, tanto la persona moral institucción social como la persona moral individuo humano. En la crítica de la concepción kelseniana de la personalidad no han de olvidarse, pues, estas observaciones de HAURIOU, que no puede ser sospechoso de formalismo; KELSEN procede lícitamente creando un concepto puramente jurídico, normativo y formal, de la voluntad; pero es preciso advertir que ese concepto no agota el problema total de la personalidad, y que la personalidad moral, individual o social, es el substrato real de toda personalidad jurídica o, mejor, "debe ser" el substrato de toda personalidad jurídica.

Si a la persona se la hace, con KELSEN, idéntica con su voluntad, y de la voluntad se hace una construcción normativa, tendremos la siguiente ecuación: Estado = personificación del orden jurídico; persona = personificación de una parte del orden jurídico; luego, persona = parte del Estado. Aquí puede verse la raíz panteísta de KELSEN, y de ahí podría deducirse un concepto harto desfavorable del respeto que merece a KELSEN la personalidad. Pero no hay que dejarse llevar de apariencias y olvidar lo que para KELSEN significa el Estado: el Estado es idéntico con el orden jurídico y, en cuanto tal, carente de personalidad propia; la personalidad del Estado es puramente jurídica, es decir, creada por el Derecho; luego aquella ecuación puede formularse ahora así: Estado = orden jurídico; luego persona = parte del orden jurídico. Lo que hemos de discutir, pues, es si no hay más personalidad posible del Estado que su personalidad jurídica (problema idéntico para toda clase de personas morales, individuales y sociales); y como la negación kelseniana de una personalidad del Estado se conexiona con su concepto específico de voluntad del Estado, es preciso comenzar por discutir éste.

WIELIKOWSKI hace notar (379) el círculo vicioso en que se mueve KELSEN, para quien la construcción jurídica significa la imputación al Estado de las normas jurídicas; pero si el mismo Estado es ya una construcción jurídica, resulta que si el supues-

(379) *Die Neukantianer...*, p. 162.

to lógico del concepto de Estado es el método jurídico, no se puede hacer de la voluntad del Estado — concepto que hay que construir jurídicamente — el supuesto lógico del método jurídico. Esta contradicción no hay más que dos medios de resolverla: o considerar la voluntad del Estado como una unidad metajurídica, o considerar al Estado como una parte determinada por el orden jurídico. Ahora bien: KELSEN no ha seguido ni uno ni otro camino porque cualquiera de ellos implicaría la superación de sus premisas fundamentales: dualismo de ser y de deber ser y la consideración del Estado como portador único de Derecho. Pero si el Estado y su voluntad no son más que construcciones del jurista, puntos "ideales" de imputación, ¿por qué se piensa sólo en el Estado como punto de imputación? ¿Por qué se construye sólo para el Estado una voluntad y no para otras entidades? Sin embargo, la Historia muestra cuán diversos puntos de imputación ha ideado el hombre: Dios en la antigüedad, la Iglesia en la Edad Media, la persona del monarca en el absolutismo, el pueblo en el constitucionalismo, etc. Y también parece contradictorio pensar el orden jurídico como situado sobre la persona del Estado, y al mismo tiempo, como contenido de su voluntad (380). La contradicción no puede resolverse más que diferenciando la personalidad jurídica, creada por el Derecho del Estado, de su personalidad moral, basada en la existencia de una voluntad soberana creadora del Derecho. Es esta personalidad, es la voluntad de esta personalidad la que crea el Derecho y, por tanto, la que crea su propia personalidad jurídica. Y si bien este concepto de la voluntad del Estado no interesa directamente a la ciencia jurídica pura, en lo cual tiene KELSEN plena razón, es objeto necesario de estudio de una Teoría y Filosofía del Estado que quiera captar la verdadera substancia de éste y no meramente su plasmación en normas jurídicas.

¿Cómo es posible una voluntad del Estado? HATSCHEK se plantea el problema en esta forma: ¿puede haber un portador irreal de valores? ¿No exige todo valor un querer subjetivo? ¿Cómo será pensable un portador de valores que no existe en la

(380) Marck, ob. cit., p. 20.

realidad? ¿Algo así como el espíritu universal de los hegelianos? Es preciso rechazar decididamente tal metafísica. Basta reconocer con la filosofía de los valores la posibilidad de valores superiores que tienen que ser queridos por una voluntad supraindividual, suprasubjetiva. Pero tal voluntad es el mismo hombre valorador que sólo en cuanto quiere los valores superiores o porque, como persona pública, está obligado a quererlos, es supraindividual y suprasubjetivo. Esta objetividad es la especie de validez o valor que el sujeto hace propia (381). La voluntad del Estado no consiste, pues, únicamente en las normas, salvo para el teórico del Derecho; pero para el filósofo del Estado tiene que radicar en la actividad que pone y concibe las normas. Tiene razón KELSEN en combatir una voluntad real del Estado, como si fuera una voluntad psicológica, que realmente no existe; pero existe una voluntad irreal del Estado que produce Derecho. Y así, el dualismo de Estado y Derecho subsistirá en el futuro. Imponer en nombre de la Lógica una concepción que hace del sujeto de derecho un autómata y del Estado un fantasma jurídico es, por lo menos, científicamente innecesario. Esta voluntad del Estado que en modo alguno es la voluntad del legislador o del gobernante, esta voluntad que es el punto de imputación de la totalidad de las normas jurídicas que se aplican dentro de un determinado territorio y que, por tanto, no se identifican con ellas, es la voluntad misma del pueblo manifestada por medios jurídicos en períodos normales y por un acto colectivo de voluntad, aun contra el Derecho positivo, en períodos constituyentes, y constituye el necesario coronamiento de todo edificio normativo; es lo que sostiene el orden jurídico, lo que le mantiene en eficacia y validez sociológica, no menos importante que la validez jurídica, como lo reconoce el mismo KELSEN al decir que sin un "mínimum de eficacia" (es decir, de validez sociológica) ningún orden jurídico puede ser considerado válido (es decir, jurídicamente válido). Con su técnica peculiar, explica SAURER la voluntad social como la coincidencia

(381) Hatscheck, *Einl. in d. öff. Recht*, p. 42; cfs. p. 44; véase también Heller, *Souveränität*, ps. 59 y ss. y 97 y ss.; Marck, *Substanz- u. Funktionsbegriff*, cap. II.

esencial de las tendencias valorativas (*Wertstrebungen*) de los miembros de una comunidad. El Derecho y las costumbres son manifestaciones de esta voluntad social. El ordenamiento de una comunidad es la forma, la comunidad la materia de uno y el mismo objeto que consiste en la multitud de tendencias valorativas coincidentes; por tanto, se implican mutuamente. Si se piensa en una comunidad, no se la puede pensar más que como regulada por una voluntad colectiva (Derecho, costumbres); si se piensa en la voluntad colectiva, en el orden social, en el Derecho, en las costumbres, no se les puede pensar sin una comunidad. Comunidad significa tendencias valorativas coincidentes de varios sujetos; orden social significa la coincidencia de tendencias valorativas de varios sujetos. Esta voluntad que, indudablemente, no interesa a la ciencia jurídica estricta, ha de ser, sin embargo, tenida en cuenta por ésta como un supuesto: ella es el "punto real (no ideal) de imputación" de todo el orden jurídico, no de las acciones reguladas por el orden jurídico, sino incluso de las normas reguladoras de la imputación jurídica.

La voluntad del Estado no es la voluntad del legislador, pero también un estudio de ésta es de excepcional importancia en cuanto que, prácticamente, es el supuesto de la validez "ética" del Derecho. La voluntad del legislador es el supuesto de la fuerza de obligar del Derecho en tanto que, como dice DARMSTAEDTER (382), es "buena voluntad". La buena voluntad es la voluntad para la que el orden jurídico es un imperativo, una norma a la que se somete. ¿Qué quiere decir esto? El acto de nacimiento del orden jurídico se debe a una voluntad psicológica que se pone fines, es un puro proceso anímico que se propone el nacimiento del orden jurídico como un medio para los fines más diversos, tales como el mantenimiento y aseguramiento del propio poder, el fomento de la economía nacional, etc. Esta voluntad es causal respecto de las proposiciones jurídicas que son su efecto. Pero no es esto lo que interesa. Interesa la buena voluntad, lo que los escolásticos llamaban "intellectus". Esta voluntad es, según DARMSTAEDTER, la voluntad que se somete a un imperativo, a una norma. Es la voluntad portadora de valores, la voluntad que se subordina a lo que considera un valor. Presupone un hecho que, en el caso del legislador, no puede ser más que la superación del estado de anarquía y la supresión del régimen de venganzas privadas.

(382) Darmstaedter, *Recht und Rechtsordnung*, caps. IV y V.

y la defensa personal. El legislador, pues, valora, toma posiciones con respecto a un valor, y de este modo deviene norma jurídica la buena voluntad. Pero este "llegar a ser norma" no implica en modo alguno que esa norma haya sido creada o producida por la voluntad buena, pues la voluntad buena no podría tomar posiciones si la norma no preexistiese ya en alguna parte. Por eso no puede la norma ser inventada sino encontrada. El lugar en que se encuentra la norma es, según DARMSTAEDTER, en las situaciones o circunstancias de la vida social. Nosotros creemos que el valor de las normas es una adherencia éticamente necesaria, puesto que todo acto de posición de Derecho apunta a valores (positivos o negativos) que le dan sentido. Y por el hecho de apuntar a un valor positivo es "éticamente buena" la voluntad del legislador. El Derecho realiza valores de diversa índole. A la voluntad del legislador adhiere (o mejor, debe adherir) un valor ético. Así, pues, sin una voluntad psíquica que concibe el orden jurídico como un medio para cualesquiera fines que no interesan a la Jurisprudencia ni a la Filosofía, y que le da nacimiento, no hay Derecho positivo posible. Pero sin una buena voluntad, no hay Derecho posible con fuerza de obligar. No el hecho de que el legislador quiera algo, es título suficiente para reconocerle validez ética y obedecerlo, sino sólo el hecho de que lo querido por el legislador es bueno y justo (lo que, por otra parte, suministra un argumento de primera fuerza contra la doctrina imperativa del Derecho, viniendo a dar la razón a la doctrina kelseniana de la proposición jurídica como juicio hipotético, como más adelante veremos). Como, pues, la voluntad buena — el intellectus de los escolásticos — no es una voluntad real, no es, en general, la voluntad lo que obliga a la obediencia a las normas, sino la racionalidad de lo mandado, según la vieja doctrina escolástica (383). Aquí va encerrado todo el problema del realismo y del nominalismo que dividió a los pensadores medievales, y si los inclinados a la última solución vieron en la lex naturalis no más que una lex praeceptiva, los realistas más o menos moderados, con Santo Tomás, Cayetano, Soto y Suárez, la entendieron más bien como lex indicativa y afirmaron que el Derecho es sólo Derecho por el "iudicium rationis, quod aliquid iustum". No porque Dios quiere es algo justo y obligatorio, pues Dios quiere sólo lo que para su razón es obligatorio y justo.

Lo que, según SCHELER, caracteriza a la personalidad espiritual y moral no es la voluntad, sino ser el centro supraconsciente de una diversidad de actos intencionales, que en la personalidad

(383) Darmstaedter, ob. cit., ps. 94 y ss. Cfs. Recaséns, *La Fil. jurídica del P. Suárez;* J. Dotres, *Santo Tomás y las leyes;* A. Mendizábal, *La ley según D. de Soto.*

colectiva compleja son realizados en común. La personalidad compleja colectiva no supone, según SCHELER, ni organización ni voluntad colectiva; no es necesariamente un centro activo de voluntad y no tiene nada que ver, como tal, con formas jurídicas. Una nación o totalidad de cultura, como Europa, el Oriente, etc., es una personalidad colectiva compleja potencial; pero el Estado no lo es, en el sentido estricto de la palabra, ya que no realiza todos los actos intencionales posibles y es más bien un centro de voluntad que de intencionalidad múltiple. El Estado es un centro superior de la voluntad de dominio sobre una comunidad vital natural, que es el pueblo. Los valores a los que se dirige esta voluntad de dominio son: 1.°, creación y realización de un orden jurídico positivo para las comunidades vitales que le están sometidas; 2.°, el impulso, la regulación y el gobierno del crecimiento natural intensivo y extensivo de las comunidades vitales y de la producción de bienes vitales para las comunidades sobre las que domina; 3.°, conservación y fomento del bienestar de la comunidad en todos los órdenes, en el interior y en el exterior. De estos bienes, que pueden reducirse a los valores de lo jurídico, del poder y del bienestar, sólo los valores de lo jurídico son propiamente espirituales; los otros dos, son valores vitales. En la realización de estos valores, el Estado es, indudablemente, un sujeto espiritual de voluntad dotado de valor propio. Pero el "ethos" según el cual él cumple todas estas tareas fundamentales que le competen, no proviene de él mismo, sino de las personalidades colectivas complejas que están tras él y, en cierto sentido, sobre él, cuáles son, directamente, la nación y la totalidad a la cual pertenece, e indirectamente la Iglesia. Sólo el "Estado nacional" podría ser considerado como una personalidad espiritual perfecta; pero éste no es algo dado en la experiencia, sino un criterio valorador de lo que la experiencia ofrece con la pretensión de tal. La nación es una personalidad espiritual perfecta; pero el pueblo es una simple comunidad vital; y entre una y otra se intercala el Estado que si inferior en valor a la nación, es superior al pueblo que domina. El Estado es un sujeto colectivo real, espiritual y personal, dotado de una voluntad soberana de dominio sobre una comunidad vital; pero es una persona "imperfecta" como las

meras personalidades colectivas de cultura (a diferencia del Estado nacional) y es al mismo tiempo una realidad personal mixta, vital-espiritual (384). Sin embargo, este carácter de "personalidad espiritual imperfecta" no interesa grandemente en el campo inmanente de la filosofía del Estado, sino más bien al dominio superior de la filosofía social, de la que aquélla es parte. Para la filosofía del Estado, el Estado es, pura y simplemente, personalidad colectiva porque es un centro de irradiación de actos intencionales referidos a la creación del valor jurídico. Esta personalidad colectiva del Estado es el sustrato real de su personalidad jurídica. La personalidad jurídica del Estado se basa en realidades morales y espirituales. El Estado es personalidad porque es un cuerpo constituído en el cual se desarrolla una actividad moral. La responsabilidad de los órganos se traduce en organizaciones formales; y así, sobre esta realidad de la persona moral se alza la construcción de la personalidad jurídica, que es lo que únicamente puede estudiar la teoría pura del derecho (385).

§ 68. INSUFICIENCIA DE LA TEORÍA KELSENIANA DEL ESTADO. — Las limitaciones de la doctrina kelseniana del Estado surgen directamente de su reducción del Estado al orden jurídico, lo que plantea una serie de cuestiones "metajurídicas" que exigen su agrupación sistemática en una doctrina "metajurídica" del Estado anterior a la teoría pura del Derecho. "Toda construcción meramente formalista del Estado, escribe RUÍZ DEL CASTILLO, se asienta sobre una base movediza porque el Estado encuentra sus cimientos más profundos no en la constitución que lo organiza, sino en el complejo de la vida psicológica, en los móviles de la acción. La teoría del Estado, si ha de ser completa, no puede detenerse en la estructura de las instituciones, sino que ha de penetrar en sus contenidos; el análisis jurídico se completa con la indagación filosófica. Pero el formalismo es esencial a la doctrina

(384) Scheler, *Formalismus*, ps. 540 y ss. En contra, Hartmann, *Ethik*, ps. 218 y ss.

(385) Hauriou, *Droit constitutionnel;* cfs. Ruiz del Castillo, *La doctrine de la personnalité morale*, en *Mélanges Hauriou.*

del Estado; el error consiste en considerarlo no como un elemento necesario, sino como el eje de la construcción" (385 bis).

La insuficiencia del mero formalismo se muestra en un punto capital de la doctrina jurídica: en el Derecho surgido por vía revolucionaria. El hecho de la revolución es un "misterio jurídico" que sólo halla cabida en la hipótesis del primado de la constitución internacional como "procedimiento de creación de Derecho". Entre la derogación o pérdida de eficacia de la vieja constitución y el nacimiento de una nueva, hay un período intermedio, cuya manera de ser jurídica puede, ciertamente, ser explicada sin salir de las posibilidades metódicas de la teoría pura del Derecho. Así, por ejemplo, la dictadura española fué la transformación de la monarquía constitucional en monarquía absoluta: un hecho que no podía ser imputado a la norma fundamental del régimen anterior. Desde el punto de vista del primado del orden jurídico estatal, tal cambio era jurídicamente inexplicable; se trataba de un trastorno sin sentido jurídico alguno o, a lo sumo, lleno de sentido antijurídico; la Constitución, no pudiendo ser violada por un hecho antijurídico contrario a ella, seguiría en vigor. Pero adoptado el punto de vista del primado del orden jurídico internacional, podría verse en el cambio de régimen un procedimiento reconocido por una norma lógicamente superior, puesto que reunía la condición exigida por ésta: el mínimum de eficacia, de validez sociológica; la dictadura crearía un "nuevo orden jurídico" en tanto que ella misma se subordinaba a una norma fundamental (constitución material que no fué plasmada en una forma de constitución); claro que de ese "orden" habría que excluir gran número de disposiciones dictatoriales que no reunieron nunca las condiciones formales de todo Derecho (por ejemplo, el decreto sobre multas extrarreglamentarias). Esa norma jurídica supraestatal es el medio de explicarse jurídicamente, formalmente, los cambios violentos de régimen jurídico que, de otro modo, desde el punto de vista del primado del orden jurídico interno, no pueden tener más que la explicación por motivos político-sociológicos, lo que ya no es verdadera explicación, sino intento de jus-

(385 bis) *Prólogo a Hauriou*, p. XXV.

tificación o de repudio. Lo mismo podría explicarse jurídicamente el cambio de régimen de monárquico en republicano; desde un punto de vista inmanente, ha habido orden jurídico (¡aunque un mínimum de orden jurídico!) en el período comprendido desde el 14 de abril al día de la promulgación de la nueva constitución, desde el momento en que el Gobierno provisional de la República se sometió a un "Estatuto" (norma jurídica fundamental provisional del nuevo régimen) y en tanto que el régimen ha obtenido el mínimum necesario de validez sociológica necesario para poder sostenerse; pero sin acudir al primado del orden internacional, no habría medio de dar una explicación jurídica satisfactoria del orden creado por la nueva situación puesto que, según el punto de vista de la legalidad anterior, sólo unas Cortes constituyentes hubieran podido acordar el cambio de régimen con plena eficacia jurídica y política (386). Los criterios extrajurídicos, el acudir a la voluntad del pueblo, por ejemplo, no es explicación, sino justificación; la explicación está en admitir, en este caso, una delegación de la norma supraestatal a favor de la democracia española, para prescindir de una legalidad, e implantar una nueva (387). Pero se comprende que esto no puede ser más que un recurso al que el jurista acude en último término para poder explicarse de algún modo, dentro de sus posibilidades metódicas, ciertos fenómenos que representan una perturbación en la marcha ordenada del orden jurídico que se mueve por sí solo. Mas lo interesante lo verdaderamente interesante, aunque no lo sea para el jurista que actúa sólo como tal (y, como dice STAMMLER, "el jurista que no es más que jurista es una triste cosa"), es precisamente el amplio sector de problemas que rebasan el marco puramente jurídico. Si queremos dar una fundamentación al Derecho nacido por vía revolucionaria, si no nos conformamos con fundamentarlo pura y simplemente en los hechos y ver en él "la fuerza sancionada por el éxito", habremos de reivindicar los factores éticos e intencionales. Sin ellos no se concibe la posibilidad de un Derecho

(386) Cfs. nuestro trabajo: *La validez del Derecho internacional*, 1931.
(387) Véase nota anterior. Cfs. Ruiz del Castillo, loc. cit., páginas XXXVII y XXXVIII; Jockel, ob. cit., ps. 112 y ss.; Sauer, *Rechts- u. Sozialphilosophie*, §§ 19 y ss.

revolucionario que adopte la figura de Derecho intermediario entre dos legalidades: Derecho sin sanción legal, pero que está fundado en un sentimiento de justicia natural: el de hacerse justicia a sí mismo cuando la justicia legal se ha mostrado impotente. La justificación de estos períodos revolucionarios transciende de toda construcción formalista; ésta expresará el momento de solidificación del Derecho. Pero el Derecho es, antes de solidificarse, un "metal en fusión". Las instituciones son, al principio, ideas que encarnan en los fundadores y que después se robustecen con los asentimientos que reciben. Hay un criterio práctico de fundación del Derecho: la "duración en paz", la "paz social", reveladora de que se ha producido una adaptación del mundo imponderable de las conciencias a las situaciones establecidas. El Derecho intermediario no es válido con relación a un tipo de Estado, sino con relación al tipo de las justicias primitivas. De este tipo dimana el Estado mismo, que luego trabaja en centralizar el Derecho. Y este segundo momento es, según RUIZ del CASTILLO, el único que puede ser interpretado por el formalismo (387 bis). Pero el jurista no puede renunciar, sin salir de sus propios medios, a una explicación autónoma de este Derecho intermediario, y acude al primado del orden jurídico internacional. Y esta construcción no es puramente vacía sino que tiene una real fundamentación ontológica en la existencia de la comunidad jurídica internacional. Más adelante hemos de extendernos en el problema filosófico que encierra esta cuestión. Pero queda como cierto que la explicación del jurista, *válida para él*, no agota el problema, y queda mucho sin explicar. Queda todo el problema específicamente político, problema que la ciencia jurídica deja intacto porque no estudia el Estado sino el Derecho del Estado. Pues en los períodos revolucionarios, la ausencia de todo orden jurídico puede ser tal que sea difícil poder imaginar existente una "norma fundamental", aun puramente lógico-jurídica (es decir, no plasmada en una forma jurídica determinada): en esos períodos puede reinar, realmente, el "caos", y entonces el Estado se halla en los límites de su carácter de tal, sin llegar, empero, a desaparecer enteramente.

(387 bis) Ruiz del Castillo, loc. cit., ps. XXVIII y ss.

La teoría pura del Derecho no puede ni plantearse el problema de un "Derecho a la revolución", que ha de explicarse por otros motivos. Así, dice SAUER (388): "Cuando los poderes existentes se mantienen aferrados a una rígida situación jurídica, devenida hace tiempo sin vida, en oposición con la convicción general del pueblo, sin adaptarse a las progresivas concepciones culturales, y permaneciendo sordos a todos los deseos y apremios de aquél, se puede y es permitido llegar a la revolución violenta. Porque el antiguo Derecho no es ya tal Derecho. El nuevo se halla en sus orígenes. La revolución no es ninguna violación del Derecho, sino única y exclusivamente creación del mismo". El punto de vista kelseniano admite que la revolución es fuente del Derecho al ser un "procedimiento" reconocido como tal por una norma superior: pero esta explicación no llega al fondo de las cosas; y si el jurista en cuanto tal puede contentarse con esa explicación, el filósofo social, el verdadero filósofo del Derecho está autorizado a preguntarse por qué ello es así: el hecho de que esta última explicación sea "metajurídica" no es razón para desdeñarla en virtud de ese carácter, pues precisamente es un estudio perfectamente legítimo y superior al estudio puramente jurídico. El punto de vista puramente jurídico de KELSEN es, en definitiva, una capitulación ante el *fait accompli*. Claro es que precisamente por esto, la doctrina kelseniana tiene un contacto con la realidad sociológica que queda terminantemente excluído a los formalistas del "Recht muss Recht bleiben", a aquellos juristas que, prisioneros de "su" orden jurídico le atribuyen un valor inconmensurable y cuasi sagrado, y no ven que el Derecho ha de estar sostenido por una voluntad real social y que, por tanto, no sigue siendo Derecho cuando esa voluntad le retira su apoyo. La doctrina kelseniana del primado del orden jurídico internacional ha superado esta vacuo formalismo legalista, incapaz de tener en cuenta los fenómenos más elementales de la realidad político-jurídica. Pero eso no quiere decir que la doctrina kelseniana nos proporcione plena satisfacción, aunque como

(388) Cit. por Herrfahrdt, *Revolución y Ciencia del Derecho*, p. 89; el pasaje corresponde a los *Grundlagen der Gesellschaft*, p. 429.

juristas no podamos pedir más. El jurista tiene derecho a ser algo más que jurista, siempre que se dé cuenta de que cuando trabaja como jurista no puede ser más que jurista. Pero su trabajo no puede ser verdaderamente fructífero si se le veda asomarse a otros campos y recoger las conclusiones que le ofrezcan los cultivadores de esos campos que no son el suyo propio. Pues sin ellas no puede comprender el sentido íntimo de lo mismo que estudia. Y ningún rigorista tiene derecho a acusarle por ello de violación de la pureza metódica.

Además, el problema de la revolución lleva implícito un problema ético, el problema de la obediencia al poder revolucionario y las normas dictadas por él con pretensión de valer como normas jurídicas. La teoría pura del Derecho no puede decir lo más mínimo acerca de este importante problema, pues para eludir el problema general de la obediencia a las leyes, ha construído la proposición jurídica como un juicio hipotético. Nosotros veremos en el capítulo próximo que esta construcción es un enorme acierto desde el punto de vista inmanente de la ciencia pura del Derecho: pero con eso no se impide que para resolver ciertos problemas sea preciso acudir a puntos de vista diferentes del estrictamente jurídico. Y entre éstos ha de incluirse el problema de la revolución. Ante el hecho revolucionario no es suficiente acudir a un subterfugio jurídico y declararlo simplemente válido en virtud de una delegación: pues cabe preguntarse si no es superior al valor formal del nuevo Derecho, el valor de fondo del Derecho antiguo y, por tanto, quién delega a la norma delegante a reconocer validez jurídica al orden nacido por vía revolucionaria. Esto implica el adoptar una actitud ética respecto al valor del Derecho antiguo y decidirse por uno de los dos principios: o principio de la *legitimidad* ó principio de la sumisión al *hecho consumado*. El principio de la legitimidad puede darse, en opinión de HERRFAHRDT (389), como casi universal-

(389) Herrfahrdt, ob. cit., parte especial, "La revolución como fuente del Derecho", especialmente ps. 119 y ss. Cfs. sobre esto Binder, *Phil des Rechtes*, ps. 625 y ss.; Radbruch, *Rechtsphilosophie*, p. 173. *Sauer, Fil. jurídica y social*, ps. 223; Schmitt, *Verfassungslehre*, p. 95; además: Weigelin, en *Archiv f. Rechts- u. Wirtschaftsphil.*, Bd. XV; Beling,

mente abandonado, alegândose que casi todos los poderes políticos hoy existentes, cuya legitimidad no es hoy discutida, tienen también en última instancia un origen ilegítimo, aun cuando éste pertenezca desde hace largo tiempo al pasado. Ésta puede ser muy bien una cuestión cuya solución puede ser abandonada al relativismo. Todo depende de que se estime como teniendo un valor absoluto una u otra interpretación de la legitimidad. Si se interpreta la legitimidad en sentido del principio monárquico, habrá que recusar todos los movimientos políticos subversivos realizados en nombre del principio democrático. Desde el punto de vista de la legitimidad monárquica, la revolución española de 1931 es absolutamente inválida, y todo el tiempo transcurrido y el que pueda transcurrir no lograrán legitimar una mera situación de hecho. En cambio, desde el punto de vista de la legitimidad democrática ha sido siempre recusada como inválida la Restauración, puesto que no fué el fruto de la "voluntad del pueblo". Pero si se adopta únicamente el punto de vista de la legislación inmediatamente anterior a la restauración, nada puede decirse en este sentido ya que la legalidad democrática instaurada en 1869 era inválida desde el punto de vista de la legislación anterior y desde el punto de vista de la legitimidad monárquica que representaba. Sólo la proclamación de la República del 73 hubiera sido plenamente legítima, tanto desde el punto de vista de la legalidad como del principio de la legitimidad democrática: pues fué un cambio de régimen que no implicó un abandono del principio de legitimidad informante de la legalidad. Hay que advertir, que el principio de la legitimidad es considerado como un principio de Derecho natural que, en todo caso, es reconocido por una ley, pero que no deriva su valor ideal del hecho de su concreción en una legalidad. No se trata de dos leyes contradictorias, sino de dos ideologías en lucha: el jusnaturalismo democrático contra el jusnaturalismo conservador y tradicionalista. Contra el principio de la legitimidad

Revolution und Recht; Schönfeld, en *Arch. öff. Rechts,* Bd. XIII; Sander, en *Z. öff. Recht,* Bd. I; Wolszendorf, en *Recht und Wirtschaft,* 1919; Graf zu Dohna, *Die Revolution als Rechtsbruch und Rechtsschöpfung.*

militan otros argumentos: como dice HERRFAHRDT (390), no es posible atribuir una importancia extraordinaria al valor formal de un orden que por una revolución ha sido ya alejado, y quedado sin vigencia desde hace largo tiempo. Por otra parte, la experiencia histórica enseña que poderes de origen ilegítimo se muestran a menudo capaces, pasado un cierto tiempo, de establecer un orden cuyo valor formal no sea inferior al valor medio de los órganos jurídicos legítimos. Por eso, el origen legítimo o ilegítimo de un poder de hecho no puede ser decisivo en la solución de en qué medida han de estimarse obligatorias sus disposiciones; no es más que una de las muchas circunstancias que, juntas, determinan el prestigio, la fuerza y la permanencia presumible del poder, constituyendo con ello su valor formal. La razón de la obligatoriedad de las normas reside en el valor formal, independientemente del contenido de la norma, es decir, en su capacidad para hacer posible una vida política ordenada, mediante el mantenimiento del orden y de la seguridad jurídica. Queda excluído, naturalmente, el caso en que el poder revolucionario no tiene la intención de crear un orden nuevo sino que cae en un simple dominio arbitrario. Pero cuando la intención de dicho poder es establecer una vida política ordenada, la cuestión decisiva entonces es si será capaz de ello. Si el pueblo espera únicamente el momento en que pueda liberarse de la fuerza, no puede decirse todavía que exista un poder político mantenedor del orden, aunque aparentemente se le preste obediencia. Por otra parte, no es esencial que el pueblo esté conforme con el contenido del poder revolucionario, en cuanto vea la ventaja de un poder. Por tanto, la cuestión acerca de las condiciones en que debe reconocerse fuerza obligatoria a las disposiciones de un poder revolucionario, se resuelve partiendo del punto de vista de si el nuevo poder está decidido a garantizar el orden y la seguridad jurídica. Una cuestión relacionada con ésta es la que plantea el profesor HERRFAHRDT al preguntarse hasta qué punto las normas creadas por un poder revolucionario han de ser designadas como normas jurídicas. Esta cuestión cree que sólo

(390) Herrfahrdt, ob. cit., p. 120.

puede ser resuelta como una "cuestión de valor". El concepto del Derecho, tal como actúa vivo en nosotros, está unido inseparablemente a la representación o idea de un orden superior. Si se quiere que no sufran la conciencia de la dignidad y la santidad del Derecho, no deben ser designadas con la misma palabra "Derecho" cosas en las cuales el sentimiento jurídico se resiste a reconocer esta dignidad. Quizá la simple consideración con vistas a la práctica jurídica diga que las exigencias del orden y la seguridad jurídica, el estado de necesidad político, requieran que sea prestada obediencia a las disposiciones del nuevo poder; por eso dichas disposiciones son consideradas como normas jurídicas, aun cuando el sentimiento jurídico se resista a ello. Pero este sentimiento es demasiado importante para sacrificarlo al interés de la simple formación clara y científica del concepto. Es preciso desprenderse, dice HERRFAHRDT, del prejuicio de que sólo las normas jurídicas pueden servir de base a la jurisprudencia. Quizá se puede hallar una solución en la distinción entre normas jurídicas y normas de orden, entre poder jurídico y poder de orden. Las exigencias de la seguridad jurídica quedan satisfechas con este último: para el juez no son menos obligatorias en conciencia las normas de orden que las normas jurídicas. Por eso, carece de importancia para la ciencia práctica del Derecho la discusión sobre si una norma pertenece a uno u otro grupo. Al buen criterio del individuo y al tacto del poder político puede quedar abandonado el no aplicar la palabra "Derecho" a cosas que lesionen el sentimiento jurídico de una parte del pueblo. En general, la necesidad de la distinción entre normas jurídicas y normas de orden sólo se presenta en el terreno político. Las disposiciones aisladas emanadas de un poder ilegítimo, en tanto no lleven el sello de un dominio de clases manifiesto, sino que en igual o análoga forma hubieran podido proceder de un poder legítimo, se funden rápidamente con el antiguo sistema y llegan también a estimarse como normas jurídicas dotadas de valor. — Observemos únicamente a esta doctrina que también de poderes legítimos pueden emanar estas llamadas simples normas de orden, así como normas atentatorias al sentimiento jurídico de una parte del pueblo (recuérdese, por ejemplo, el decre-

to de OROVIO sobre el juramento exigido a los profesores, que determinó la fundación de la "Institución libre de enseñanza"); y, finalmente, que la cuestión de la obediencia a las normas jurídicas sólo puede establecerse con toda seguridad casuísticamente (391), no siendo posible determinar a priori sino que sólo las "justas leyes" deben ser obedecidas: y las normas notoriamente injustas, no son obligatorias en conciencia ni aun para el juez quien, según la doctrina expuesta por Santo Tomás, antes que aplicar un derecho que repugne a su conciencia deberá abandonar el cargo; pero esas normas injustas, son, empero, absolutamente jurídicas (desde el punto de vista de la teoría pura del Derecho) si forman parte de un sistema jurídico totalitario que es sostenido por una voluntad social que lo reconoce y, en su individualidad, es objeto de una regular aplicación judicial.

Con esto han podido quedar dilucidados algunos extremos de la doctrina jurídica en los que la teoría de KELSEN se muestra insuficiente. Pero no ha de decirse que es preciso fundar una doctrina jurídica más completa, más satisfactoria que la de KELSEN, pues ésta no es errónea por ser pura doctrina jurídica, sino porque su doctrina jurídica es "imperialista" con respecto a todo otro estudio sobre el Derecho; y es este *imperialismo* lo que únicamente hay que combatir, mostrando que el solo punto de vista jurídico es insuficiente para resolver las más graves cuestiones a satisfacción. La teoría pura del Derecho tiene una superestructura y una infraestructura metodológica en la Filosofía del Derecho y en la Teoría del Estado, respectivamente, como el Derecho tiene su infraestructura y su superestructura en la sociedad y en la Justicia. Tan legítimas como la pura doctrina jurídica, lo son dentro de su esfera de competencia la Teoría del Estado y la Filosofía del Derecho: y tan legítima como éstas lo es en la suya la pura doctrina jurídica. Una y otras son "puntos de vista" perfectamente legítimos, compatibles con otros puntos de vista igualmente legítimos: la limitación que se impone

(391) Tal es el modo como plantea el problema de la validez la Filosofía jurídica escolástica. Recuérdense los elogios que merecía a Kohler la Filosofía jurídica clásica española por su inspiración casuística.

a cada punto de vista es reconocerse en su carácter de tal y no pretender la negación del punto de vista ajeno. En el capítulo inmediato vamos a intentar un ensayo de esta "Filosofía del punto de vista" aplicada a la sistemática de las ciencias del Derecho y del Estado, con la pretensión de reconocer la legitimidad de todos estos puntos de vista, y su mutua limitación, todo en virtud de su fundamentación ontológica que impone una y otra: pues sólo la unión de todos los puntos de vista, constituye la verdad total sobre el Derecho y el Estado.

Capítulo VIII

LA BASE ONTOLÓGICA DE LA TEORÍA PURA DEL DERECHO. — ESTUDIO DE LAS RELACIONES ENTRE CIENCIA JURÍDICA Y FILOSOFÍA DE DERECHO

Hemos llegado al punto cumbre de nuestra investigación y es hora de que a la crítica sustituya la labor constructiva; no puede interesarnos únicamente descubrir el punto flaco de Kelsen; no podemos limitarnos a clavar un alfiler en el punto vulnerable de su talón de Aquiles; debemos recoger las sugestiones valiosas del sistema — que no son pocas — y, buscándole una nueva fundamentación filosófica — ontológica, — reducirlo a sus límites propios, pero saber reconocerlo dentro de ellos; se trata, pues, de reconocer la validez de una Filosofía del Derecho, cuando menos puesta en duda por el kelsenismo, pero reconocer al mismo tiempo la validez de una teoría pura del Derecho, negada rotundamente por la filosofía jurídica tradicional.

§ 69. Del jusnaturalismo a la ontología crítica a través del criticismo. — La Jurisprudencia clásica se hallaba orientada hacia los dos extremos del jusnaturalismo y del sociologismo; el pensamiento jurídico se disolvía lentamente en pensamiento extra-jurídico; una radical "impureza" metódica permitía que los llamados juristas fuesen, en verdad, sociólogos o jusnaturalistas, es decir, tratadistas que consideraban el Derecho desde un punto de vista extrajurídico — fuese el punto de vista de la Sociología o el del Derecho natural; — mostrando en todo caso inoportunas pretensiones moralizadoras — no olvidemos, que ya

MENZEL (392) ha señalado los puntos de contacto entre ambas actitudes supuestas contrarias; — poco importa que la fuente de la moralidad la pusieran en un principio transcendente o que la hiciesen emerger de la pura facticidad: siempre, en el fondo, hallamos invariablemente o una idealización de lo real, o una positivización del ideal; formalmente, empero, el resultado era siempre el mismo; confusión metódica, debido a esta tendencia etizadora.

El Derecho natural se ha concebido a sí mismo como un sistema jurídico cerrado, extrapositivo y, al mismo tiempo, dotado de cierta facticidad (393), adecuado a la naturaleza humana. Este sistema era el único válido porque estaba dotado de la validez ética, de la validez ante la conciencia, es decir (!) de la validez jurídica. Siendo el único sistema válido, el Derecho positivo no tenía sino reproducirle y aplicarle en el detalle: era su delegado y, por eso, en cuanto se separaba un punto de la delegación, el negocio carecía de validez y, careciendo de validez, no era Derecho. Es, pues, un error de perspectiva el que sufren algunos críticos, imputando a las escuelas de Derecho natural un pretendido dualismo que, en verdad, nunca ha existido; el Derecho natural no conoce ni reconoce más que a sí mismo, y cuando confiere validez a un orden jurídico positivo, es aún él, el Derecho natural, el que vale. El Derecho positivo es delegado del natural, pero un delegado sin autonomía. KELSEN se engaña suponiendo que el Derecho natural no puede echar un puente al Derecho positivo sin suprimirse a sí mismo o sin hacer inútil el Derecho positivo; pero lo que es cierto es que el Derecho natural forma un sistema unitario con el Derecho positivo, con arreglo a una organización jerárquica, a una *Stufenbau* en el lenguaje jurídico de la escuela vienesa: en la cima están los principios fundamentales — por ejemplo, el *suum cuique tribuere* y el *alterum non laedere* en Cathrein; — en el grado inmediatamente inferior los derechos fundamentales y algunas instituciones básicas, como la propiedad, que pueden estar

(392) En su libro *Naturrecht und Soziologie.*

(393) Cfs. por ejemplo Mendizábal, *Derecho natural,* p. 180; Petraschek, *System des Rechtsphilosophie,* ps. 132 y ss..

positivizadas o no, pero que posen fuerza derogatoria del Derecho positivo: por último, el restante Derecho positivo realizando los contenidos de los grados de orden superior (394). Derecho natural y positivo están, pues, confundidos, son uno y lo mismo; ninguno suprime al otro, ninguno es inútil; el Derecho natural da validez, a secas, al Derecho positivo y el Derecho positivo hace valer al Derecho natural; se convalidan mutuamente; y de este modo, el Derecho positivo — subjetivamente considerado — muestra sus dos caras: un derecho como el de propiedad, se afirma como Derecho natural en períodos constituyentes y se hace valer como Derecho positivo ante los tribunales; el poseedor le dice a los legisladores que su Derecho es "natural" y, al mismo tiempo, ejerce la acción contra el infractor del orden jurídico establecido por el Código civil. Cada grado de esta "Stufenbau" participa, pues, su validez del grado superior y a su vez confiere validez al grado inferior; pero el enlace de los grados entre sí, no es meramente formal, sino estrictamente material.

Pero si en el orden de la realidad el Derecho natural requiere y no excluye el Derecho positivo, metódicamente la única ciencia posible del Derecho, es el Derecho natural. La definición del Derecho es suministrada por el Derecho natural y en vano busca éste el diferenciarla de la definición de sí mismo, definiéndose descriptivamente, puesto que a continuación define teleológicamente el Derecho en general, es decir, formula un concepto que no es el concepto de una realidad sino expresión de un "deber ser"; pero la expresión de un "deber ser" jurídico, no puede ser más que o una opinión subjetiva o una "idea" objetiva, no un verdadero concepto jurídico que no puede ser más que formal; por eso la mayoría de las definiciones del Derecho — sobre cuya abundancia ya ironizó KANT, — no expresan frecuentemente más que un humano, demasiado humano "yo quiero". Y todos los conceptos jurídicos fundamentales son suministrados por el Derecho natural: identifica "validez del Derecho" con "validez jurídica" y confunde el concepto de "orden jurídico" con el de "orden social" interpretado a través de criterios ideales subjetivos. Tal es la

(394) Cfs. Renard, *La valeur de la loi*, ps. 34 y ss.

"impureza metódica" de la Jurisprudencia jusnaturalista. Ciencia única del Derecho, no ha tolerado junto a sí más que las disciplinas particulares técnico-jurídicas y éstas, por delegación, no han sido — si han querido librarse del empirismo rastrero — otra cosa que la "Parte especial" de los tratados de Derecho natural, aderezados con comentarios al Derecho positivo. No negamos que de los cultivadores de estas ciencias han salido grandes maestros del Derecho; pero el olvido del principio de pureza metódica, ha hecho imposible por largo tiempo el florecimiento de una ciencia jurídica autónoma y filosófica. Por eso tiene su explicación la reacción sociológico-positivista, como emancipación de la tutela incómoda del Derecho natural; pero ha incurrido en los mismos defectos que había venido a combatir, porque la Sociología ha querido ser nada menos que Física social, Biología social, Psicología social, Ética y Jurisprudencia, todo juntamente. Por eso, no sólo se explica, sino se justifica la contrarreacción filosófica de los últimos tiempos, que son los actuales. El actual período es un período de serenidad, de superación de las antítesis violentas; el pensamiento filosófico ha recobrado sus fueros; pero el Derecho natural ha perdido muchos de sus primitivos ímpetus: no ha muerto, no morirá jamás, pero replegado sobre sí mismo, cambia de nombre y se hace llamar "idea del Derecho"; pero siendo tal idea, no quiere ser realidad porque está frente a ella, fundamentándola ontológicamente, valorándola, pero sin absorberla: se conforma con la "realidad de la idea" (395). Existe una realidad jurídica sólo por referencia a la idea jurídica, pero ni la idea se agota en la realidad, ni la realidad deja de ser realidad jurídica por no realizar la idea o realizarla sólo parcialmente. Entre la realidad y la idea, hay una real conexión metafísica y, por tanto, extrametódica: no producto de un método, sino dato previo para cualquier método;

(395) En opinión de Sauter, *Die phil. Grundl. des Naturrechts*, páginas 222 y ss. ha sido el grave error del Derecho natural afirmar de sí mismo la evidencia, lo cual ha podido basarse en la confusión de los "principios" superiores del Derecho natural (que son *evidentes* pero puramente *formales)* con su contenido, que no es evidente y que constituye, para el hombre, *una eterna tarea.* Cfs. Dabin, *Phil. de l'ordre juridique positif*, y su negación del "Derecho natural jurídico".

será, pues, posible, plenamente posible, la convivencia de una Filosofía del Derecho — ciencia de la idea del Derecho — y de una ciencia filosófica del Derecho positivo — teoría jurídica pura — que tendrá un punto de contacto con la Filosofía jurídica — de la que dependerá lógicamente, es decir, formalmente — y, sin embargo, será libre, plenamente libre.

* * *

KELSEN es el gran restaurador del principio de pureza metódica en la ciencia del Derecho. Para ello ha contado con el valioso instrumento del criticismo kantiano que — partiendo del principio fundamental de que el objeto científico es un producto del método — ha manejado con un rigor lógico difícil de superar. Sabemos, sin embargo, el ardor con el que este principio ha sido combatido incluso por seguidores de la doctrina de KANT. En todo caso, las nuevas corrientes orientadas a la filosofía de la cultura, en cuanto repercuten en el Derecho, parecen alejarse definitivamente de la dirección kelseniana. El actual pensamiento filosófico, apenas puede decirse que sea kantiano; en filosofía del Derecho, un verdadero neokantiano es ya un reaccionario, algo del tiempo de ayer, al que ha sucedido un tiempo nuevo — al menos la aurora de un tiempo nuevo. Un pensador español que en su juventud fué kantiano, el profesor ORTEGA Y GASSET (396), ha dicho que la Filosofía moderna, producto de la suspicacia y la cautela nace con el burgués. Es éste el nuevo tipo de hombre que va a desalojar el temperamento bélico y va a hacerse el prototipo social. Precisamente porque el burgués es aquella especie de hombre que no confía en sí, que no se siente por sí mismo seguro, necesita preocuparse ante todo de conquistar la seguridad. Ante todo, evitar los peligros, defenderse, precaverse. El burgués es industrial y abogado. La Economía y el Derecho son disciplinas de cautela. En el criticismo kantiano contemplamos la gigantesca proyección del alma burguesa que ha regido los destinos de Europa con exclusivismo creciente desde el Renacimiento. Las etapas del capitalismo han sido, a la par, estadios en la evolución criticista. No

(396) En su bello libro *Kant. Reflexiones de centenario.*

es un azar que KANT recibiese los impulsos decisivos para su definitiva creación de los pensadores ingleses. Inglaterra había llegado antes que el Continente a las formas superiores del capitalismo. Sostener esto no tiene nada que ver con el materialismo histórico — doctrina que ya no puede tomarse en serio. No es que la Filosofía crítica sea un efecto del capitalismo, sino que ambas cosas son creaciones paralelas de un tipo humano donde la suspicacia predomina. KANT no sólo fabrica de la suspicacia un método, sino que hace del método el único contenido de la Filosofía. Esta ciencia del "no querer saber" y "del querer no errar" es el criticismo kantiano. Es difícil afirmar que hoy domine un nuevo tipo de hombre, pero es indudable que la época del capitalismo decae y que, paralelamente, la Filosofía recobra algo de su primitiva ingenuidad y confianza en las cosas. Hoy se reconoce sin reservas que no es posible la "conciencia" si no es "conciencia de algo". A la era "sólo-crítica" de la Filosofía, sucede una era "crítico-ontológica".

§ 70. LAS APORÍAS DEL CONOCIMIENTO JURÍDICO. — NICOLAI HARTMANN ha formulado del siguiente modo la tesis central de la Ontología crítica: "Fuera de la conciencia, fuera de la esfera lógica y de los límites de la *ratio,* hay un ser real; el conocimiento del objeto, tiene relación con este ser y reproduce un aspecto de él, por inconcebible que pueda parecer la posibilidad de esta reproducción; pero el producto del conocimiento no coincide con ese ser, no siendo ni completo (adecuado) ni semejante al ser. El realismo ingenuo tiene razón con la tesis escueta de la realidad, puesto que lo real está en la misma dirección del conocimiento natural hacia el objeto; pero no tiene razón con la tesis de la adecuación. Los puntos de vista especulativos, tienen razón suprimiendo la tesis de la adecuación; pero no la tienen descartando lo real de la dirección al objeto. La Ontología enlaza lo que los dos puntos de vista tienen de verdadero. Mantiene la tesis de la realidad de la imagen natural del mundo y suprime la tesis de la adecuación... El "ser" del que habla... no se resuelve en el objeto de la ciencia natural ni en el de la visión ingenua del mundo. Pues abarca tanto uno como otra y reserva aún un amplio mar-

gen para ulteriores esferas de lo real... El ser es la esfera común en la que se contraponen sujeto y objeto. El ser del que habla la Ontología no coincide con el tipo substancial de la ciencia natural; pero, por otra parte, tampoco se resuelve en un tipo psicológico de ser desplazado de la esfera subjetiva o en el ser ideal de la esfera lógica. Es el ser en general, el "ser en cuanto tal", del que todos aquéllos no son más que casos especiales" (397). No es este el lugar de exponer el sistema completo de la Ontología crítica; tampoco es necesario; basta fijar algunas ideas fundamentales. Lo interesante ahora es darse cuenta de que el "ser" no se agota en "ser objeto", porque "ser objeto" — como "ser sujeto" — son sólo "modos de ser del ser". Lo metafísico es así un elemento contenido en el problema gnoseológico, del mismo modo que lo lógico y lo psicológico; y el hecho del conocimiento, que es un acto vital, se convierte así en un hecho metafísico. "La Metafísica — dice HEIDEGGER (398), — no es ni una rama de la Filosofía escolástica ni un campo de ocurrencias arbitrarias; es el suceso fundamental que se realiza en la existencia y en cuanto existencia". Ante la consideración filosófica del problema jurídico, surge, pues, la cuestión: si "ser" no se agota en "ser objeto", si de un mismo "ser" pueden formarse diversos "objetos" científicos, el "ser-derecho" no se agota en ningún "método" de las ciencias del Derecho; es, empero, el "objeto" un "correlato" y no un "producto" del sujeto, luego frente a cada objeto científico que pudiera formarse del "ser-derecho" es posible un "sujeto", es decir, un método: son, pues, posibles varios "objetos-derecho" correlativos de varios "sujetos-juristas". Y esto es importante, pues ese es el primer dato metafísico — justamente el "mínimum en Metafísica" que ha de ser aceptado por toda Gnoseología jurídica. Ni el Derecho natural, ni el sociologismo, ni el criticismo lo han visto así. Y debe notarse que, no sólo el criticismo, sino el sociologismo y el Derecho natural han hecho del Derecho un producto del método, con lo que se ha dado la paradoja de que el Derecho natu-

(397) Hartmann, *Metaphysik der Erkenntnis*, p. 182.
(398) Heidegger, *Was ist Metaphysik?* in fine.

ral, incluso el escolástico que quiere situarse en un plano de oposición a la Filosofía kantiana, procede en puro kantismo reconociendo como Derecho en general no lo que la experiencia pudiera ofrecer con ese carácter, sino una selección de la experiencia: aquello que encaja en los moldes mentales del jusnaturalista elevado poco menos que a la categoría de delegado de Dios — en quien todo Derecho reside. Todo lo demás no es Derecho. Y ninguna otra ciencia puede pretender conocer el Derecho. Si una ley contradice el Derecho natural, no es tal ley, y si en ese caso se habla de ley es sólo como se habla de amigo falso, de oro falso, del falso DEMETRIO — dice CATHREIN polemizando con STAMMLER. Tal punto de vista no difiere en nada — formalmente — del profesado por el en este punto rigurosamente neokantiano KELSEN. En la experiencia no hay Derecho. La experiencia nos ofrece algo que llamamos constitución, leyes, decretos, etc., todo lo cual no "deviene" Derecho hasta que el jurista hace de todo ello un "orden" unificado por la "hipótesis originaria" o "norma fundamental" — puro medio mental auxiliar. Todo lo demás, — lo no imputable a la norma fundamental — no es Derecho. Y ninguna otra actitud científica puede pretender conocer el Derecho. Derecho natural y criticismo hacen, por tanto, del sujeto la "última instancia"; lo objetivo no está en la esfera transubjetiva sino en el sujeto mismo. Al modo de los naturalistas de la época racionalista, "dictan leyes" al objeto, le determinan, le producen. Ignoran que el conocimiento es sólo posible porque a sujeto y objeto son "dictadas leyes" por un tercero; las "categorías", que ya no son "leyes mentales" sino determinaciones, formas o leyes del objeto, o mejor, principios del ser. La unilateralidad de Derecho natural y criticismo es la razón que explica las antinomias del problema jurídico-epistemológico: sus soluciones son contrapuestas y, sin embargo, aspiran a poseer validez universal.

* * *

En el planteamiento filosófico de los problemas, son dados tres puntos de vista posibles, jerárquicamente escalonados. Ante todo, el punto de vista de la fenomenología que trata de describir el fe-

nómeno dado en sus elementos esenciales. La palabra fenomenología indica aquí, pues, simple conocimiento esencial de lo existente.

Del punto de vista de la fenomenología ascendemos al de la aporética. Se trata aquí de fijar y describir las contradicciones que se muestran en el fenómeno. Todo lo real tiene algo de contradictorio en el sentido de que conforme se va profundizando en el estudio de la realidad, se revelan a nuestro pensamiento contradicciones, oposiciones, divergencias que exigen explicación. Estableciendo la contradicción, es decir, planteando el problema, sobrepasamos el punto de vista fenomenológico. La percepción en cuanto tal está más allá de la armonía o de la contradicción; sólo reflexionando sobre lo conocido puede nacer una contradicción.

Pero lo característico del problema filosófico-jurídico es precisamente que los fenómenos que primariamente le son dados no son tanto "fenómenos jurídicos" como "ciencias jurídicas". Es dentro de éstas, y desde su propio punto de vista, donde han de estudiarse los fenómenos jurídicos. Para el problema filosófico del Derecho, de lo primero que se trata es de la fijación y descripción de los fenómenos "teoría pura del Derecho", "filosofía del Derecho", "Jurisprudencia técnica", etc., y en seguida de establecer y describir las contradicciones que se revelan en estos fenómenos (en tanto que "filosofía del Derecho", "teoría jurídica pura", etc., pretenden valer como "únicas posibles ciencias jurídicas" con exclusión de las otras). Hay que investigar en primer lugar hasta qué punto son lícitas estas ciencias en tanto que representan puntos de vista contrapuestos sobre un mismo objeto. Y veremos que una y otra son igualmente lícitas, que sus soluciones no son más que soluciones parciales y no en el sentido de que sobre ellas fuese posible una solución totalitaria, pues esto equivaldría a resucitar un antiguo relativismo ya superado, un relativismo representado por la antigua ciencia natural y superado precisamente por la "Teoría de la relatividad" de Einstein (399): estas soluciones

(399) Ortega y Gasset, *El tema de nuestro tiempo*, p. 219: "Aquí (en la teoría de la relatividad) el relativismo no está en contradicción con

parciales son las únicas soluciones posibles desde el punto de vista que se las emite y no se trata sino de conocer la igual licitud de todos los puntos de vista; el problema, pues, es el siguiente: puesto que cada fenómeno jurídico no puede ser enfocado sino desde un punto de vista determinado (el ético, el puramente jurídico, el sociológico...) y, por tanto, no puede obtenerse nunca más que una visión parcial (un aspecto que puede estar en contradicción con otros posibles aspectos) de él, habrá que *convertir el punto de vista en fenómeno* si queremos tener una visión completa del Derecho, si más allá de la *fenomenología* queremos penetrar en su *ontología*. En tanto que no salgamos del punto de vista no hallaremos medio de romper con las contradicciones inherentes a todo fenómeno jurídico (por ejemplo, la juridicidad de una ley materialmente injusta). Necesitamos elevarnos más arriba de los mismos puntos de vista no para dar por "resueltas" esas contradicciones, pero sí para tener clara conciencia de las mismas. Con esto habremos ascendido de la *aporética* a la *metafísica* propiamente dicha. Pero de metafísica ha de bastarnos el mínimum indispensable para obtener la explicación clara y sencilla de los fenómenos. Este mínimum es la *trascendencia del ser* — aquí del ser jurídico — frente a todo objeto (Derecho *justo*, Derecho *puro*, Derecho *vigente*...) y a todo sujeto (método). Esta discusión debería ser el comienzo de toda Filosofía y de toda Teoría jurídica. Ella, sin embargo, no agota el problema. Hay una *ontología jurídica* que trata de atisbar precisamente el "ser en sí" de los fenómenos jurídicos. Pero, en cuanto "construcción", también esa ontología necesita partir del supuesto metódico que aquí señalamos.

Nos ocuparemos por vía de ejemplo de tres problemas capitales de la teoría jurídica, que son también al mismo tiempo problemas capitales de la teoría kelseniana; problema de la validez del Derecho y problema conexo con éste de la estructura lógica de la

---

el absolutismo; al contrario, va mezclado con él; sin provocar un defecto en nuestro conocimiento, le confiere validez absoluta. La Física de Einstein no es relativa, sino relativista y gracias a este relativismo posee una significación absoluta."

proposición jurídica; problema del derecho subjetivo y sus relaciones con el objetivo; problema de la unidad del orden jurídico universal; una ligera discusión de estos problemas nos demostrará claramente la igual licitud de los diversos puntos de vista sobre estos problemas; la proposición jurídica es para la teoría jurídica pura un juicio hipotético y tiene en virtud de este carácter validez jurídica; pero para la Filosofía del Derecho no es un juicio hipotético sino un imperativo que hay que cumplir, aunque sólo en tanto que tiene raíces en un valor; por tanto, toda proposición jurídica tiene validez jurídica pero no validez ética. Para la teoría pura jurídica, el derecho subjetivo no es otra cosa que el mismo Derecho objetivo puesto a disposición de alguien; pero para la Filosofía del Derecho el derecho subjetivo no se limita al orden jurídico pues para ella es impensable que algo "inmoral" pueda existir como "derecho" y que, en cambio, algo reconocido como justo no pueda ser admitido como derecho (como la personalidad en la esclavitud). La teoría pura del Derecho no puede más que admitir la unidad de la imagen jurídica del mundo si quiere comprender jurídicamente muchos problemas jurídicos; pero la Filosofía del Derecho no puede ver esta unidad más que en la idea; la unidad no es un hecho sociológico, sino, por una parte, unidad jurídica, y, por otra, una idea. — Después de esta fijación y descripción de estas contradicciones que se muestran en estos fenómenos, hay que conocer la igual licitud de los puntos de vista (punto de vista jurídico en la teoría pura del Derecho; punto de vista ético en la Filosofía jurídica; allí, consideración del ser, pero del ser jurídico y no del sociológico, sin olvidar, por eso, que es siempre indispensable la infraestructura sociológica; aquí, consideración del deber ser); hay que conocer también que sobre la teoría jurídica pura y sobre la Filosofía del Derecho, hay que aceptar un mínimum en Metafísica (que es la traducción para cada problema, de aquel principio de la trascendencia) como objetivamente válido y ontológicamente existente; así, por ejemplo, la comunidad internacional y el principio correlativo *Pacta sunt servanda* es el mínimum indispensable en Metafísica, cuya misión es posibilitar la unidad de la imagen jurídica del mundo, pero no como construcción lógica vacía y extraña a las realidades

vitales, porque la comunidad internacional ha de reconocerse como realidad metafísica; y este resto metafísico no sólo vale para hacer posible esta construcción de la teoría jurídica pura, sino también para llamar la atención a la Filosofía del Derecho sobre la necesidad de desplazar de su seno el temperamento guerrero, en cuyo lugar debe instalarse la tendencia a la Justicia y a la comunidad cultural de los pueblos.

Vamos a discutir brevemente cada uno de estos problemas por separado.

La aporía de la validez del derecho. Un Derecho sin validez jurídica es un Derecho nominal, está sólo en el papel: por tanto no es verdadero Derecho; pues la validez pertenece a la esencia del Derecho. Pero, ¿qué es y qué significa validez del Derecho? Aquí se puede distinguir triple género de validez: validez jurídica, validez ética, validez sociológica; por lo general, la literatura no ha distinguido metódicamente entre estos géneros de validez; la consecuencia no podía ser, naturalmente, más que confusión metódica. Piénsese, por ejemplo, en el concepto kelseniano de validez del Derecho y en su trascendencia para todo el problema jurídico y se le compare por ejemplo, con el concepto de SAUER (400); ambos hablan de validez del Derecho, pero comprenden diversas cosas bajo un concepto aparentemente común. Validez sociológica es la validez de que hablan SAUER, STAMMLER y MAYER, es decir, lo que KELSEN llama "eficacia" *(Wirksamkeit)*, juzgada por este autor como *jurídicamente irrelevante*. Validez ética es la validez exigida por el Derecho natural: el valor, el deber ser del Derecho. Validez jurídica es el hecho de la aplicación del Derecho por los tribunales y no sólo el hecho ("brutal" en sí), sino el "deber ser aplicado" que es inmanente a todo Derecho y lo constituye como tal Derecho. La Filosofía del Derecho se ocupa en lo esencial (no exclusivamente) de la validez ética; la Sociología de la validez sociológica; la pura teoría del Derecho, de la validez jurídica; la validez sociológica es la infraestructura, la validez ética la superestructura de todo orden jurídico; pero la validez jurídica es la característica de todo orden jurídico en

(400) Sauer, *Rechts- und Sozialphilosophie*, §§ 31-33.

cuanto orden jurídico positivo; por lo tanto, lo que eleva a una mera situación de poder al rango de orden jurídico. Pero si validez jurídica no es meramente el hecho de la aplicación judicial sino también el inmanente deber ser de esta aplicación, se presenta la cuestión: ¿es la proposición jurídica juicio hipotético o imperativo? Si es un imperativo, debe cumplirse incondicionalmente, aun cuando sea injusto; la Filosofía del Derecho tendría que resignarse con esta consecuencia irracional; pero si no se resigna y afirma que el mandato injusto no debe cumplirse, la teoría jurídica pura tendría que resignarse con la consecuencia contrapuesta: en virtud de intervenciones extrajurídicas, algo que reúne los caracteres formales del Derecho es desplazado del reino de lo jurídico; también una consecuencia irracional.

Estamos, pues, ante una contradicción que se revela en el problema jurídico-epistemológico de la proposición jurídica; la solución no puede ser más que la siguiente.

Si pensamos en la teoría jurídica pura de Kelsen, de una parte, y en las teorías éticas del Derecho, de otra, veremos en seguida que una y otra se atienen a su concepto de validez del Derecho y lo mantienen como el único dotado de valor científico, con lo que inmediatamente resultan dos puntos de vista contrapuestos que mutuamente se combaten porque aspiran a valer exclusivamente. El Derecho natural niega el carácter jurídico de todo lo que no posee la validez ética; Kelsen niega que la validez del Derecho pueda ser además una validez ética, y no conoce más que su validez lógico-jurídica, elevada inconscientemente a validez ética: según él, el Derecho es un deber ser, aunque un deber ser formal; el deber es la norma misma cuando hace referencia a una persona, para el caso de que ésta realice o no determinada acción; no dice que tenga que realizarla u omitirla, pues no es un imperativo. Pero aquí se origina doble confusión. De una parte, tenemos la proposición de que no se debe matar, robar, etc.; de otra parte, resulta que también las consecuencias jurídicas deben realizarse; y ya no queda claro si el deber ser es el de no matar, no robar, etc., o el "deber ser castigado" si se roba, mata, etc. Pero si Kelsen se atiene al primer sentido del deber ser, estamos de lleno en el campo de la teoría moral; el deber ser es un deber ser

ético y su "formalismo" no permitirá decir que no se debe robar, matar, etc., por motivos de ética. Luego no queda más que la segunda posibilidad: si alguien roba, mata, etc., *debe ser castigado* (400 bis). Pero podría ser también que se diese un orden jurídico que determinase: si alguien en determinadas circunstancias no mata a otro, será castigado (piénsese, por ejemplo, en las posibilidades que a este respecto ofrecen las sedicentes modernas doctrinas sobre la Eutanasia); ¿podrá una teoría del Derecho orientada en lo ético justificar tal mandato como Derecho, como deber ser? De otra parte: ¿será suficiente esa negación para que realmente la citada determinación deje de ser proposición jurídica? Ni uno ni otro. Nos parece que lo recto sería decir: a) *en determinadas circunstancias, debe el hombre obrar con arreglo a la moral o al Derecho natural;* b) *pero si obrando así contradice su conducta la conducta exigida para el caso por la norma positiva, será castigado.* Pues bien: sólo esta "norma secundaria" interesa al teórico puro del Derecho; él no tiene nada que ver con el deber ser ético de las normas; y puesto que un deber ser formal es una idea sin sentido, no puede ver en el deber ser de las normas más que un "pretendido deber ser" (como dice EMGE). No es el deber ser que establece como debida una determinada conducta, sino sólo el "deber ser aplicada judicialmente" es lo relevante para la teoría pura del Derecho.

Como dice MAX SCHELER, todo deber ser auténtico, presupone siempre un valor. Entre deber ser y valor hay una relación que se puede fijar en estos dos axiomas: todo valor positivo debe ser y todo valor negativo debe no ser. Esta conexión no es mutua sino unilateral. Todo deber ser está fundamentado en valores, pero los valores no están fundamentados en modo alguno en un deber ser. Y si los valores son indiferentes respecto a la existencia o la no existencia, todo deber ser es, por el contrario, un deber ser de algo. Y este algo queda así concebido como un no-existente. Puesto que no hay un "deber ser" cuya materia fuese meramente el ser, frente a todo deber ser hay un no deber ser que debe ser

(400 bis) Cfs. acerca de esto, Maury, en *Rev. de Derecho privado*, octubre 1929; Renard, *La th. des "leges mere poenales"*.

calificado como una cualidad diversa del deber ser. El sentido más íntimo de toda proposición positiva, por ejemplo, "debe ser que haya justicia en el mundo", "los daños deben ser reparados" es, pues, hacer referencia a un disvalor. O al no ser de un valor positivo. De aquí se sigue que el deber ser no puede nunca indicar de por sí lo que sean valores positivos, sino que se limita a determinarlos como lo inverso de los valores negativos. Todo deber ser (no sólo: el no deber ser), tiene, por tanto, la tendencia a excluir un disvalor, pero no a poner valores positivos. Lo que por tanto es "debido", no es originariamente nunca el ser de lo bueno sino el no ser de lo malo (401).

Volviendo a KELSEN, es claro que el deber ser que, según él, contiene toda proposición jurídica, no está basado en ningún "valor" de Justicia o de moralidad, ya que expresamente afirma que también una proposición jurídica injusta o inmoral contiene un deber ser (y, en consecuencia, un deber jurídico). Y por mucho empeño que ponga KELSEN en quitar todo sentido ético a esta doctrina del deber ser, siempre será la verdad que un deber ser que no sea un deber ser de algo es impensable; y que no es menos impensable que un disvalor, algo malo en sí, "deba ser". Precisamente lo contrario es verdad: lo malo debe no ser y bajo ningún concepto cabe afirmar otra cosa. Pero lo repetimos (de acuerdo aquí con KELSEN): también una proposición jurídica injusta sigue siendo proposición "jurídica" y contiene un deber ser: pero no un deber ser ético, no el deber de cumplirla; en este sentido tiene razón BINDER afirmando: *la proposición jurídica no obliga a nada.* En verdad: no obliga a nada al "hombre"; pero obliga al Estado a aplicarla aun cuando su contenido sea injusto. La teoría jurídica pura no puede decir nada sobre el (auténtico) deber ser del Derecho: pues frente a ella vale el principio: *todo deber ser necesita su fundamentación en un valor.* A la inversa: la teoría ética del Derecho no puede negar el carácter jurídico de las proposiciones jurídicas injustas en su materia, pues frente a ella vale el principio: *todo Derecho debe ser aplicado; y* este "debe" se basa también en un valor: el valor de la "seguridad

(401) Scheler, *Der Formalismus,* ps. 210 y ss.

jurídica" (bien que sea un valor subordinado con respecto a la Justicia). Y estos dos principios son el mínimum en Metafísica que está contenido en el problema de la proposición jurídica. Con esto quedan reconocidas la teoría pura del Derecho y la Filosofía jurídica (en cuanto teoría ética del Derecho) como puntos de vista igualmente lícitos; y este mínimum en Metafísica es el que hace posible tanto la igual licitud de los puntos de vista cuanto su superación como puntos de vista de validez exclusiva.

La aporía del derecho subjetivo. La teoría ética del Derecho, el Derecho natural, define el derecho en sentido subjetivo como "facultad moral de hacer u omitir alguna cosa"; una teoría sociológica del Derecho, la teoría de DUGUIT, niega en redondo el derecho subjetivo: en su lugar se ponen "fonctions sociales". Ni una ni otra son verdaderas teorías jurídicas; son puntos de vista más o menos acertados sobre el derecho subjetivo; una dice (aunque promoviendo a error), lo que en la idea es derecho subjetivo; la otra, confundiendo la consideración normativa con la sociológica, expresa lo que debe ser el derecho subjetivo (que engañándose a sí misma dice negar); pero el punto de vista propiamente jurídico debe expresar lo que en general es derecho subjetivo, como facultad jurídica de obrar. Aquí intervienen las tres teorías clásicas: la teoría civilista de la voluntad, representada de modo especial por WINDSCHEID; la teoría del interés, de JHERING; y la teoría combinada de JELLINEK, BERNATZIK y MICHOUD. KELSEN ha combatido estas tres teorías con éxito y afirma que el derecho subjetivo no es más que la misma proposición jurídica puesta a disposición de alguien. "Una proposición jurídica que establece un deber jurídico de alguien, valdrá como mi derecho, en tanto que yo me encuentre en tal relación con la proposición jurídica, en virtud de sus propias determinaciones, que pueda ser calificada como mía, como perteneciéndome a mí. Este es el caso cuando esta proposición jurídica está puesta a mi disposición, es decir si la voluntad condicionada del Estado a una determinada conducta, expresada en la proposición jurídica, se la hace depender de mí, de una manifestación de mi persona (402). Por

(402) Kelsen, *Hauptprobleme*, p. 610.

tanto, el derecho subjetivo es la participación en la formación de la voluntad del Estado. Ciertamente: para la teoría jurídica pura no tiene ningún sentido hablar de "voluntad", de "interés", etcétera, puesto que tal interés y tal voluntad sólo existen en tanto que reconocidos por las normas, de modo que la norma es el ineludible punto de partida. Ni la voluntad, ni el interés pueden ser esenciales al derecho desde el momento que vemos que en la realidad existen derechos subjetivos sin interés y sin voluntad: sin voluntad porque el niño, el loco, no la tienen, aunque según la teoría combinada posean un interés (así MICHOUD en su clásico libro sobre la "Personnalité morale"); pero tampoco esto es acertado, pues o este interés tiene fundamentos psicológicos y entonces surge la misma dificultad, o ese interés existe sólo porque lo reconoce el orden jurídico, con lo que venimos a parar a que no hay más punto de partida que la norma jurídica (402 bis). Una cuestión más o menos interesante, sería esta: ¿cuándo tiene alguien un interés, una voluntad o ambas cosas de ejercer un derecho subjetivo? Pero ésta no es la cuestión que interesa a la teoría pura del Derecho. Pues por interesante que sea en el derecho subjetivo su actuación procesal, siempre será la cuestión definitiva esta: ¿cuándo una norma es adecuada para realizarse? es decir: ¿cuándo es una norma derecho subjetivo?

Pero, ¿no es el derecho subjetivo otra cosa que orden jurídico realizado si yo pongo las condiciones de realización? ¿No tiene la persona más derechos que los que las normas le reconocen? Tan cierta es la respuesta afirmativa a esta pregunta, que la teoría de la voluntad, la teoría del interés y la teoría combinada, no son otra cosa que el ensayo de comprender jurídicamente todos los derechos de la persona, aun cuando no estén reconocidos en las normas : tal es, al menos, el sentido humano de esas doctrinas; por lo demás, un ensayo fracasado; pues una teoría jurídica pura

(402 bis) Cfs. Jöckel, ob. cit. ps. 122-123. Éste reconoce que la substancia del Derecho subjetivo "Weder Wille noch Interesse ist" en lo cual Kelsen, "durchaus zuzustimmen ist"; sin embargo, se adhiere a la explicación de Jellinek: Derecho subjetivo es "das durch Anerkennung menschlicher Willensmacht geschützte Gut oder Interesse".

no tiene más objeto que el orden jurídico positivo, las normas jurídicas, de las que no puede salir. Pero, desde el árido punto de vista positivista (y en cuanto positivista, exclusivista) de aquellos autores, se conciben aquellas escapatorias al reino de lo metajurídico para encerrarlo en áridas fórmulas formalistas. Para comprender los otros derechos de la persona hay que tomar un punto de vista extrajurídico, justamente porque ya no se trata de "derechos" positivos: hay que adoptar el punto de vista de la Ética. La Ética conoce un derecho de libertad, y un derecho de igualdad, y un derecho de resistencia a la opresión; pero el puro jurista no puede reconocerlos como derechos subjetivos, mientras les falte la posibilidad de hacerse valer judicialmente. Pero, ¿no es irracional que un derecho subjetivo quizá de imposible justificación, se imponga contra un derecho fundamental? Estamos ante una contradicción que se revela en el problema del derecho subjetivo. La teoría jurídica pura, ni puede reconocer un derecho fundamental carente de acción como derecho subjetivo, ni puede deducir de esta carencia de acción la no existencia del derecho fundamental. La teoría ética del Derecho, por el contrario, ni puede desconocer el carácter jurídico de un derecho subjetivo que contradice a un derecho fundamental, ni puede afirmar el carácter jurídico del derecho fundamental carente de acción. Pues contra una y otra vale el principio: *la Justicia exige que la personalidad ética sea reconocida por el orden jurídico positivo, que por tanto, sus atributos esenciales se concreten en derechos subjetivos* (¡sólo un deber ser!); *pero también si esto no sucede, debe el orden jurídico existente realizarse en derechos subjetivos;* y este "debe" se basa en un valor: el valor de la seguridad jurídica (bien que sea un valor subordinado con respecto a la Justicia). Este principio es el mínimum metafísico que está contenido en el problema del derecho subjetivo. Con esto se reconocen la teoría jurídica pura y la Filosofía del Derecho (en cuanto teoría ética del Derecho), como puntos de vista igualmente lícitos; y este mínimum en Metafísica es el que hace posible tanto la igual licitud de los puntos de vista, cuanto su superación como puntos de vista de validez exclusiva.

La aporía de la unidad de la imagen jurídica del mundo o de

la validez del Derecho internacional (403). El problema epistemológico-jurídico de la validez del Derecho internacional depende de los órdenes jurídicos estatales; no hay por tanto unidad de la imagen jurídica del mundo; — es el Derecho internacional el que confiere la validez jurídica a los órdenes jurídicos estatales; hay, por tanto, unidad de la imagen jurídica del mundo: tales son los dos opuestos puntos de vista que pueden mantenerse frente a esta cuestión.

Este problema ha dado lugar a una de las más soberbias construcciones de la escuela vienesa, al mismo tiempo que ha marcado el camino de la superación de su formalismo antivital. Es visible la trayectoria del pensamiento de la teoría jurídica pura, pasando del relativismo escéptico de KELSEN al objetivismo verdaderamente ontológico de VERDROSS, a través del puro objetivismo lógico-gnoseológico de KUNZ.

La doctrina dominante, y enlazando con ella en muchos respectos, si bien con mucha mayor finura de criterio y elegancia espiritual, HERMANN HELLER, se atiene al primer punto de vista; la escuela vienesa y, especialmente, KELSEN ha defendido enérgicamente el punto de vista unitario; pero de modo especial KUNZ y VERDROSS han proclamado no sólo la unidad de la imagen jurídica del mundo sino que, con más consciente fundamento objetivo, han llegado a sostener no sólo que esta unidad existe, sino que se constituye en virtud de un principio supraestatal y que, por tanto, es el orden internacional el que confiere validez a los órdenes estatales, y no, como pretende la doctrina dominante, los órdenes estatales los que confieren validez al orden internacional. Si recordamos la doctrina antes expuesta de la validez, esta consecuencia nos parecerá, por lo menos, difícilmente comprensible; la validez jurídica es tanto el hecho de la aplicación judicial como el "deber ser" de esta aplicación; ¿cómo sería posible que este hecho o este deber ser dependiesen del orden jurídico internacional?

(403) Cfs. nuestro trabajo ya citado: *La validez del Derecho internacional;* y Recaséns Siches: *La unitat de la construcció jurídica i el Dret internacional,* así como nuestra recensión de este último trabajo en *Universidad,* 1932, I.

Hermann Heller dice que es imposible que el Derecho internacional preceda a los Estados, puesto que no cabe hablar de Derecho internacional sin pensar en dos o más Estados que se han puesto de acuerdo para dictar normas de Derecho internacional, cuya validez depende, por tanto, necesariamente, de la voluntad de los Estados que las han puesto, de donde deduce que es completamente imposible hablar de la existencia de una comunidad "jurídica" internacional, puesto que toda comunidad jurídica presupone una unidad de voluntad que falta en el orden internacional (404). — Verdaderamente, si se parte de una consideración

(404) Heller, *Souveränität*, p. 122. — Nuestra teoría universalista se halla parcialmente inspirada por Spann: *Gesellschaftslehre* y *Der Wahre Staat;* en sentido universalista cfs. también Mendizábal, *Derecho natural*, cap. VI. Para la construcción monista del Derecho internacional es capital la obra de Verdross, especialmente *Einheit* y *Verfassung*. En un artículo publicado por este autor en la *Niemeyers Zeitschrift*, Band XXIX, 1921, escribía: "Wenn wir das ganze gegebene völkerrechtliche Normenmaterial in einem einheitlichen Systeme erfassen wollen, so muss eine Grundlegung angenommen werden, in der... folgende Prinzipien enthalten sind: 1) Die von den Staaten in ihrem gegenseitigen Verkehre auf gestellten verträglichen oder gewohnheitsrechtlichen Normen sind für die sich verpflichtenden Teile solange verbindlich, als sie nicht durch Vertragsrecht oder Gewohnheitsrecht aufgehoben oder abgeändert worden sind; 2) Die durch die Zustimmung der überwiegenden Mehrheit der Staaten zustande gekommenen völkerrechtlichen Normen sind, sofern sie sich ebenfalls an die übrigen Staaten richten, auch für diese verbindlich. Welchen Charakter hat aber diese Grundnorm? Wir haben bereits daraus aufmerksam gemacht, dass sie weder dem Gewohnheitsrechte, noch auch dem Vertragsrechte angehören kann, da sie zur Begründung dieser vorausgesetzt werden muss. Sie ist somit keine als Rechtsmaterial gegebene Norm, sondern eine diesem zugrunde gelegte Hypothese. Ist dem aber so, dann muss sie auch geändert werden sobald das Rechtsmaterial mit ihr nicht merh eindeutig erklärt werden kann. Sie ist also keine starre Grundnorm, nach der sich die Rechtserscheinungen zu richten hätte, sondern eine hypothetische Grundnorm, die sich diesen anzupassen hat." Cuando Verdross escribió esto, era harto más estrictamente kelseniano que hoy: la "hipótesis" es hoy substituída (cfs. *Verfassung)* por un principio ético enraizado en el reino de los valores; el mismo sentido le atribuimos nosotros. Cfs. también Verdross, en *Archiv Rechts- u. Wirtschaftsphilosophie*, Band XVIII; sobre Verdross: Rapisardi-Mirabelli, en *Riv. int. di Fil. del diritto*, V, 1925. Adviértase

puramente sociológica del Derecho y del Estado, resulta imposible la aceptación de una idea de la comunidad jurídica entre los pueblos; acaso, sin embargo, se puede llegar a ella por otro camino. Para esto será preciso partir de la cuestión: ¿Individualismo o universalismo? — cuestión que es en absoluto distinta de la cuestión : ¿Personalismo o Transpersonalismo? — Esta última es una cuestión ética; pero aquélla es una cuestión filosófica-social. El universalismo es el complemento sociológico del personalismo (405).

Toda concepción universalista o individualista tiene estos tres problemas a resolver:

1.° ¿Qué es lo primario, lo originario, la realidad lógicamente decisiva en la sociedad humana; el individuo o los grupos sociales, el particular o la sociedad?

2.° ¿Cuál es el fundamento de la sociedad humana, los individuos o el todo? ¿Se apoya la sociedad sobre los individuos o los individuos sobre la sociedad?

3.° ¿De qué partes consta la sociedad? ¿Consiste sólo en individuos, es una mera yuxtaposición mecánica de individuos o hay por encima de ellos algo propio y autónomo que radica en el todo social como tal?

A esto contesta el individualismo que lo primario y originario en la sociedad humana es sólo el individuo, que el único fundamento de la sociedad es el individuo y que la sociedad consiste únicamente en individuos, sin que sobre éstos pueda pensarse

también que, como observa el mismo ilustre maestro de Viena (en *Rec. des Cours de l'Ac. D. I.*, 1927), "la compétence de la communauté international est juridiquement illimitée car la compétence de la compétence lui appartient. Pourtant, cette compétence n'est pas non plus une souveraineté absolue, si on entend par là un pouvoir arbitraire car la communauté internationale elle même, est chargée d'une mission sociale. Ainsi la communauté internationale comme instance suprème dans la pyramide des autorités temporelles est, il est vrai, juridiquement illimitée, mais néanmoins soumise aux règles de l'humanité et de la justice".

(405) Según Smend, *Verfassuns und Verfossungsrecht*, p. 6, el problema de individuo y comunidad, de individuo y Estado, de individualismo y colectivismo, de personalismo y transpersonalismo, no es un problema *axiológico* sino un problema de *estructura*. A nuestro juicio estos problemas no son todos de la misma índole.

nada que pudiera calificarse como específicamente "social". El individualismo opera con un concepto del individuo que ve en éste un ser autónomo y perfecto antes de su ingreso en sociedad; el individuo es, pues, lógicamente anterior a la sociedad; la sociedad es una mera coexistencia mecánica de individuos realizada por fines utilitarios, para lograr una seguridad de que se carece en estado de aislamiento. De aquí deriva, dice SPANN (406), que la relación del individuo con la sociedad no reconoce más motivos que los de utilidad. El individuo es autárquico y lo que pudiera llamarse "moral social" es, necesariamente, una moral utilitaria. El individualismo se resume en estos dos postulados políticos: a) mínimum de funciones del Estado; el individualismo sueña con un Estado o comunidad ideal en la que cada uno se basta a sí propio y se desenvuelve con propio esfuerzo; económicamente, es la teoría del *Laissez faire, laissez passer, le monde va de lui même;* b) de aquí deriva el postulado de la libertad entendida en el sentido de independencia de toda coacción espiritual, moral y física.

La esencia del universalismo es más difícil de precisar. El universalismo no es lo contrario del individualismo. Si la esencia del individualismo radica en la autarquía del particular, la esencia del universalismo no está en modo alguno en el exterminio del particular ni en proclamar la sociedad como realidad única. El individualismo pone el individuo sobre la sociedad, pero el universalismo no pone la sociedad sobre el individuo, si con eso había de pensarse en un sacrificio del individuo. Este sacrificio, por el contrario, suele ser indispensable en las teorías individualistas del Estado y de la sociedad. La esencia del universalismo está, simplemente, en ver en la unión espiritual de los individuos la fuente y la esencia de la sociedad. Con esto se dice que las relaciones humano-sociales no son, como en el individualismo, puramente utilitarias sino, ante todo, espirituales. Además, estas relaciones son creadoras. El individuo no es anterior a la sociedad, no se basta a sí propio, sino que la sociedad, lo supraindividual, es, más bien, la realidad originaria en la que se forma el individuo.

(406) *Gesellschaftslehre*, ps. 240 y ss.

El particular, en cuanto tal, es sólo algo que puede ser, mera capacidad, pura potencialidad; sólo dentro de la comunidad lo posible es real, la capacidad actualidad; el individuo es, por eso, real tan sólo en cuanto actualizado. Pero en cada individuo no hay más que una potencia limitada, una capacidad parcial y, por tanto, sólo una determinada cantidad de posible puede realizar. Quien carezca de oído musical, aunque viva en una comunidad de músicos y reciba toda la educación musical imaginable, no llegará nunca a ser un MOZART: en la sociedad el individuo desenvuelve su propia aptitud. Así, pues, cuando el universalismo considera al individuo sólo como miembro de una totalidad espiritual, no piensa en un anonadamiento del individuo, sino justamente en que el individuo adquiera en la comunidad su personalidad (407).

¿En qué consiste la objetividad de la comunidad? No se trata de algo material o materializable, sino de una substancialidad espiritual. La relación de espíritu a espíritu es la de una reciprocidad creadora, cada espíritu no se desenvuelve sino en relación con otro espíritu; y este hecho que, mirado por el lado del individuo es "supraindividual", considerado desde el punto de vista de la comunidad es algo más que una suma o agregado de particulares; es, al contrario, algo propio y autónomo que está sobre ellos y que es, por tanto, lógicamente anterior a ellos. La suma de hechos espirituales contenidos en las acciones creadoras de esta reciprocidad espiritual, constituye la substancialidad objetiva de la comunidad. Esta no ha de considerarse, por tanto, como algo existente en sí y por sí, como una esencia muerta, por así decirlo, pensable fuera de los individuos. No hay "humanidad" ni especie alguna de "comunidad en sí"; sin individuos no

(407) Spann, *Der Wahre Stat*, ps. 45-46; cfs. Smend, ob. cit. p. 6: "Die phänomenologische Struktur des Ich der Geisteswissenschaften ist nicht die eines objektierbaren Elements des geistigen Lebens, da zu diesen Leben im Kausalen Beziehungen stände. Es ist nicht an und für sich, vorher und als dann als Kausal für dies Leben denkbar sondern nur, sofern es geistig lebt, sich äussert, versteht, aus der geistigen Welt Teil hat. Seine Wesenserfüllung und Wesensgestaltung vollziehen sich nur in geistigen Leben, das seiner Natur nach sozial ist".

hay comunidad; pero sin comunidad no hay individuos (408).

Lo que se dice del individuo puede afirmarse del Estado. Un Estado es sólo pensable como miembro de una comunidad internacional. Contra la existencia de tal comunidad se aducen dos especies de argumentos: unos, como BINDER, insisten en que toda comunidad es sólo pensable como "comunidad cultural", y tal comunidad de cultura no se da en la humanidad. Otros, como HELLER, hacen notar que tal comunidad no podría ser una comunidad jurídica, puesto que carece de una voluntad soberana unitaria. Pero, en verdad, la primera objeción se reduce a la afirmación, por nadie puesta en duda, de que la comunidad internacional no es una nación — prototipo de comunidad cultural — y en cuanto a la tesis de HERMANN HELLER dista mucho de ser concluyente. Pues, en primer lugar, el hecho de la comunidad es innegable, así como el de que existen normas a las que se someten los Estados: el mismo HELLER no niega el carácter jurídico de estas normas, a pesar de que su fuente no es una voluntad unitaria supraestatal. Pero es posible suponer que un día los Estados han vivido sin existir normas jurídicas internacionales positivas; la comunidad internacional no habría, por eso, dejado de existir; sería una comunidad sin normas jurídicas, pero estaría subordinada a algún género de normas. Es decir, estas normas, aún no "jurídicas", puramente "éticas", son normas de la comunidad internacional, son su "constitución", puesto que la constituyen como comunidad. Así que, lógicamente (aunque no es necesario que "históricamente"), tales normas son anteriores a las normas jurídicas. Por mucho que se retroceda en el orden del tiempo, siempre, lógicamente, las normas internacionales jurídico-positivas son el "posterius" de una norma ética que es, propiamente, la "constitución internacional". Pero esta constitución es "constitución jurídica" desde el momento que las normas puestas por los Estados miembros de la comunidad vienen a desenvolver y realizar jurídicamente su contenido ético. Es decir, HELLER tiene razón si piensa que las normas positivas del Derecho internacional no pueden crear una comunidad jurídica. Pero de aquí

(408) Spann, *Gesellschaftslehre*, ps. 268 y ss.

no se deduce la imposibilidad de atribuirle carácter jurídico. Más bien tal carácter se halla ya implícito en la "primitiva (lógicamente hablando) constitución internacional". La comunidad internacional puede ser jurídica porque antes de serlo hay una norma ética, una "proposición jurídica no positiva" que tiene, empero, la tendencia inmanente a la positivización. Así, el acto de creación de normas jurídicas internacionales no es acto de constitución de la comunidad internacional como comunidad jurídica: este carácter no es anterior ni posterior a tal acto: es, simplemente, correlativo. La comunidad internacional existía antes de existir como comunidad jurídica, y fué comunidad jurídica en el mismo instante en que dos o más Estados procedieron, por vez primera, a crear una norma positiva. En sentido lógico-formal, pues, el acto originario de creación fué ya un acto jurídico, cuya validez no era imputable a la "masa de los Estados", sino a la "norma constitucional" no jurídica, pero que aparecía en la escena jurídica precisamente en virtud de aquel acto. Pero es claro que para llegar a esta solución era en absoluto necesario tomar un punto de partida universalista. Adoptando, con HELLER, el Estado como un "prius", no era posible alcanzarla. Por lo demás, el pensamiento universalista es patrimonio de la doctrina tradicional. Ya Santo Tomás advirtió que la "unión de los hombres con Dios es unión de los hombres entre sí". De un modo especial corresponde la gloria de haber dado expresión perfecta a esta idea de la comunidad internacional, superando la idea medieval de la Etnarquía cristiana, a nuestros insignes VITORIA y SUÁREZ, cuyos méritos son reconocidos por los maestros de la escuela vienesa, especialmente por el doctor KUNZ y el profesor VERDROSS.

VITORIA afirma ser el Estado "pars totius orbis". "Provintia totius Reipublicae".

En SUÁREZ esta idea halla expresión en textos famosos: "quapropter licet unaquaeque civitas perfecta... sit communitas perfecta et suis membris constans, nihil ominus quaelibet illarum est etiam membrum aliquo modo huius universi, prout ad genus humanum spectat. Hoc ergo ratione indigent aliquo jure quo dirigantur et recte ordinentur in hoc genere communicationis et societatis". "Humanum genus quantumvis in varios populos et

regna divisum, semper habet aliquam unitatem non solum specificam sed etiam politicam et moralem" (409). Así, pues, tenemos en los gloriosos clásicos españoles el punto de partida para una construcción monista del derecho internacional y, usando el lenguaje de KELSEN — con la reserva que en seguida se explicará — en sentido del "primado del orden jurídico internacional".

VERDROSS dice que constitución es el principio jurídico o complejo de principios jurídicos que son presupuesto y condición de todos los otros, sin ser condicionados por éstos. La constitución internacional "estatuye primeramente dos especies coordinadas de procedimientos para la creación de reglas generales jurídicas internacionales: el procedimiento de los tratados y el procedimiento de la costumbre. A ellos corresponde principalmente establecer el contenido del Derecho internacional. Por vía subsidiaria interviene la "Justicia internacional". Pero la constitución internacional no regula a fondo los procedimientos y delega en las constituciones estatales la determinación de los órganos de su realización. La constitución internacional, pues, funciona por medio de las constituciones estatales. Los Estados son, en consecuencia, los órganos del Derecho internacional" (410).

Con esto está dicho que el Derecho internacional, en su conjunto, no está por debajo ni por encima de las constituciones de los Estados y que, por tanto, ha de rechazarse tanto el primado del orden jurídico internacional como el primado del orden jurídico estatal, de la manera exclusivista como lo entiende KELSEN. Ni todo el Derecho internacional está sometido al Derecho del Estado, ni todo el Derecho del Estado está sometido al Derecho internacional. Sobre los Estados está, tan sólo, la constitución internacional: el restante Derecho internacional nace según procedimientos que pueden depender exclusivamente de las constituciones estatales. Pues la constitución no nombra ella misma los órganos de su realización, y deja que los nombren las

(409) *Tractatus de legibus*, lib. I, cap. VI y lib. II, cap XIX. Estos pasajes son tan importantes que constituyen el punto de partida del moderno Derecho internacional.

(410) *Einheit*, p. 126; cfs. Rapisardi- mirabelli, en *Riv. int. di Fil. del Diritto*, V.

constituciones estatales. Estas son como un término medio interpolado entre la constitución internacional y las restantes proposiciones jurídicas. Sin duda KELSEN no lo ha visto así por no plantearse el problema ontológico y no ver más que un problema lógico-formal; pero su exigencia de una construcción monista es inatacable.

La norma fundamental de todo el orden jurídico internacional, de la que todas las normas internacionales dependen lógicamente, es el principio o norma juridíco-moral "Pacta sunt servanda". Todo depende de ella y sólo ella no depende de norma ni voluntad alguna, pues en el mismo momento que se habla de tratado, de validez de un tratado, de costumbre, etc., se presupone como siendo válida la norma fundamental que confiere validez a todas las normas y actos de voluntad. Esta norma fundamental funda la validez, pero no dice nada acerca de la duración de la validez; eso queda reservado a las normas positivas internacionales. Decir que los Estados son los legisladores y, al mismo tiempo, los súbditos del Derecho internacional, es sólo parcialmente verdadero. Cierto que las normas internacionales en sentido estricto sólo pueden ser puestas por los órganos nombrados por los órganos de los Estados; pero esos órganos son "legisladores internacionales" en tanto que delegados por la norma fundamental que los llama a través de los Estados. Un orden estatal particular vigente sólo en un determinado territorio no podría autorizar a sus propios órganos para acordar normas que han de valer en el territorio de todos los Estados contratantes (411).

Notemos, por otra parte, que este principio "ético" "Pacta sunt servanda" es el único que garantiza la existencia de hecho del Derecho internacional: aunque los Estados tiendan más conscientemente cada vez a una organización jurídica supraestatal, y ya hoy existe una "Sociedad de Naciones", hay que preguntarse quién garantiza la existencia real de esa sociedad de naciones, y la contestación tiene que ser: el *pacta sunt servanda*, pues si los tratados no son guardados, desaparece también el pacto constitutivo de la Liga, y todo el Derecho internacional cae por su base.

(411) Cfs. Kelsen, *Staatslehre*, p. 174; Verdross, *Verfassung*, p. 49.

Es, pues, un principio metajurídico el que garantiza la validez jurídica de las normas positivas que los Estados ponen por su delegación. Se ve, pues, que la realidad ontológica de la comunidad internacional y el principio objetivamente válido "pacta sunt servanda" es lo que hace posible el punto de vista unitario y permite afirmarlo como verdadero frente a los puntos de vista de las escuelas dualistas o "pluralistas"; es decir, que para la teoría pura del Derecho se trata de probar que existe una unidad de todo el sistema jurídico universal, pero no una unidad meramente lógica, como la que afirma KELSEN, despreciando por otra parte encontrar el fundamento de esta unidad; sino que la teoría pura del Derecho tiene que afirmar la unidad sobre la base de la constitución internacional. Pero la Filosofía del Derecho, en cuanto teoría ética del Derecho, no comparte plenamente este punto de vista aun cuando le está infinitamente próxima; pero la perspectiva tiene que variar algo necesariamente. La Filosofía del Derecho reconoce la unidad jurídico-formal, pero reconoce también la realidad sociológica que se opone a la unidad, y trabaja porque la unidad sea cada vez mayor, sin perjuicio de las características nacionales; es decir — contemplando las cosas a través del prisma de la idea del Derecho — que la Filosofía del Derecho no se conforma con el formalismo del "Pacta sunt servanda" y exige algo un poco más concreto: la paz internacional, la cooperación y la mutua comprensión entre los Estados y sus aspiraciones; y no sólo pide que los pactos sean guardados, sino que esos pactos respondan a la idea del Derecho y la realicen, que sean Derecho internacional "justo". Por eso, el punto de vista de la Filosofía del Derecho se pondrá muchas veces en contradicción con el punto de vista más optimista de la teoría jurídica pura y, en este sentido, estamos ante una contradicción que se muestra en el problema de la validez internacional; pero ni la teoría pura del Derecho puede negar la unidad de la imagen jurídica del mundo, ni la Filosofía del Derecho puede negar, partiendo de una consideración puramente sociológica y dejándose arrastrar por el temperamento guerrero, que sobre los Estados hay una instancia superior aunque (en su totalidad) sólo en la idea, pero, al mismo tiempo, como una exigencia absoluta que exige realización: pues

frente a una y otra vale *el hecho de la existencia de la comunidad jurídica internacional y de su correlativa constitución*, que es el verdadero mínimum en Metafísica que está contenido en el problema de la validez internacional, y es este mínimum el que hace posible al mismo tiempo la igual licitud de los puntos de vista, y su superación como puntos de vista de validez exclusiva.

Veamos, pues, ahora, cuáles son las relaciones concretas entre la Filosofía jurídica y la teoría pura del Derecho, y cuáles son los temas fundamentales de cada una. Y, provisionalmente, diremos: la Filosofía del Derecho es, en sentido estricto, teoría ética del Derecho y metafísica jurídica; la teoría pura del Derecho es teoría del conocimiento del Derecho positivo, Gnoseología jurídica.

§ 71. FILOSOFÍA DEL DERECHO Y TEORÍA JURÍDICA PURA. — La relación entre una y otra ha de establecerse partiendo del siguiente principio: la teoría pura del Derecho trabaja con el Derecho positivo; la Filosofía jurídica con el "valor" jurídico y con el Derecho positivo sólo en tanto que lo pone en relación con la idea del Derecho o considera su validez ética: aquélla, por el contrario, estudia el Derecho positivo en su esencia en cuanto tal. Por eso constituye parcialmente un fundamento para la Filosofía del Derecho, en tanto que ésta "selecciona" determinado Derecho positivo, el llamado "Derecho justo"; pero, por otra parte, la teoría pura del Derecho depende lógicamente de la Filosofía jurídica, en tanto que ésta formula el concepto del Derecho: precisamente el campo de actividades de la teoría pura del Derecho es el contenido positivo del concepto "formal" que es formulado por la Filosofía del Derecho. Así, pues, formular este concepto es la primera misión de ésta.

La formulación del concepto del Derecho no puede ser misión de la ciencia del Derecho, sino de la Filosofía jurídica precisamente. La ciencia jurídica selecciona el material sobre el que ha de trabajar, no puede, por tanto, determinarlo, sino que lo recibe de otra parte. Por eso coincidimos con SCHREIER cuando objeta contra la doctrina aristotélica de que la determinación del concepto de una ciencia se hace por definición, es decir, por indicación de "genus proximo" y "differentia specifica": pues si cada

ciencia es un sistema cerrado, es decir, autónomo, su autonomía no se respeta con ese procedimiento; con él, la construcción no se cierra jamás. Ya que cada división — y todo el procedimiento consiste en divisiones — presupone un fundamento de la división (*fundamentum divisionis*) que ha de ser traído de fuera. De modo que cada progreso en la división implica el poner a contribución algo que está más allá de lo científicamente dado hasta el momento. El objeto de una ciencia no puede ser definido por ella misma: su fundamento son axiomas de los que es posible derivar, mediante operaciones puramente lógico-formales, la totalidad del conocimiento del dominio científico de que se trate. Si, pues, el Derecho puede ser objeto de una ciencia autónoma, y el sistema de la ciencia jurídica es una sistema "cerrado", una definición del Derecho es imposible, o mejor, es metajurídica. Ni la Geometría puede definir el espacio ni la ciencia jurídica puede definir el Derecho (412). El error que encierra esta argumentación es el de no concebir más ciencia del Derecho que la Teoría pura jurídica, lo que se comprende si se piensa en el logicismo del autor, orientado a la fenomenología, combinada con el kelsenismo; pero es acertado decir que la definición del Derecho es metajurídica. Lo que, por otra parte, no nos obliga a seguir al autor en su desinterés por lo metajurídico que, precisamente, constituye el dominio de la Filosofía del Derecho. Frente a este logicismo, hemos de afirmar resueltamente que "el objeto de una ciencia no comienza a ser aprehendido en sí mismo más que en la ciencia inmediata, jerárquicamente más elevada, en la que aquel objeto es medio en vista y al servicio de un fin superior: se diría que nos es preciso mirar una cosa desde arriba, como si no fuésemos aptos a aprehender directamente más que los medios y no los fines, los conceptos y no las ideas" (413). La ciencia más alta del Derecho es la Filosofía jurídica; y si es ciencia "más alta", es que hay una que es "subordinada lógicamente": pues recibe de la otra el concepto de su objeto; pero la subordinación es pura-

(412) *Grundbegriffe*, ps. 2 y ss.
(413) Véase la bella monografía del prof. J. Chevalier, *Le concept et l'idée, en Mélanges Hauriou.*

mente lógica, pues sobre su objeto trabaja con plena independencia, no siendo la Filosofía más que un "punto de vista" sobre el Derecho.

En suma: el concepto del Derecho no puede ser un concepto técnico material, sino un concepto lógico-formal. Sobre la demostración de su legitimidad y posibilidad, nos creemos relevados de insistir con amplitud, bastándonos remitirnos a las investigaciones de STAMMLER y quizá aún mejor las de DEL VECCHIO, que podemos calificar de definitivas. Lo que nos interesa es una formulación u otra del concepto. Desde nuestro punto de vista nos basta recordar con RADBRUCH: "Derecho es todo lo que puede ser objeto de un juicio de justicia y, por lo tanto, también de injusticia; Derecho es lo que tiene el fin jurídico, aunque en modo alguno necesita haberlo logrado; Derecho es el intento, logrado o no, de ser Derecho justo; Derecho es lo que sirve de sustrato a la idea jurídica, al valor jurídico" (414). Y si queremos una definición concreta, podemos admitir ésta de KELSEN: "orden coactivo y soberano de la conducta humana" (415). Sin embargo, el concepto del Derecho debe contener una referencia a una noción de valor (416).

Oponerse a un concepto formal del Derecho, sólo tiene sentido confundiendo el "concepto" con la "idea". Esta confusión lleva, o al sacrificio de la idea a favor del concepto, o al sacrificio del concepto a favor de la idea. Lo primero lo realiza el positivismo; lo segundo, el Derecho natural. El positivista cree que el concepto se forma por generalización del material sobre el que

(414) Radbruch, *Rechtsphilosophie*, p. 39.
(415) *Der Staat als Ubermensch*.
(416) Cfs. Recaséns, *Adiciones* a Del Vecchio, I, p. 33: "El concepto de Derecho positivo postula en sí mismo de un modo necesario un ideal de Justicia — independientemente de que lo encarne o no. — Sin ello el concepto de Derecho positivo resultaría irrealizable. El Derecho positivo es un fenómeno de cultura, definible sólo como una determinación que intenta regular las relaciones sociales conforme a un patrón al que se atribuye una razón de preferencia sobre las demás maneras posibles de regulación. El sentido de *preferencia* late por debajo de toda determinación jurídica. Se regula la conducta social en un sentido determinado, porque se cree que éste es mejor que otras posibles regulaciones".

se trabaja. Pero el punto de vista opuesto no es menos ilegítimo. Bueno es oponerse al concepto kantiano de lo formal: pero no sirve desconocer que, por lo menos, "todo concepto es formal por relación a lo que incluye" (como observa MAX SCHELER). Radica en un error la argumentación de CATHREIN, cuando dice que no hay "proposición a priori que nos sea innata o, en el sentido de KANT, que sea por nosotros creada de una manera puramente subjetiva. Tomamos nuestras ideas de la experiencia, y por su comparación llegamos luego a juicios analíticos que son absolutamente necesarios y universales; así, por ejemplo, el juicio de que ser y no ser se excluyen recíprocamente, que el todo tiene que ser mayor que la parte. De análoga manera llegamos también a juicios prácticos que son absolutamente necesarios y universalmente prácticos, verbigracia: que se debe hacer el bien y evitar el mal; dar a cada uno lo suyo y no dañar a nadie" (417); nos parece que el eximio autor confunde aquí dos cosas harto diversas, a saber: la Lógica y la Psicología; ésta nos explicará cómo formamos los conceptos, pero aquélla nos dirá que conceptos como el de que *el ser y el no ser excluyen* son completamente a priori, que su valor es anterior a toda experiencia y que subsistiría aun cuando desapareciesen todo los hombres que pudieran formárselo, pues su validez no es adecuada al hecho de que una mente humana lo piense, sino correlativa a la idea de una mente humana que puede pensarlo. No nos interesa cómo nacen, cómo desaparecen los conceptos, que es lo único que se da en el tiempo; pero los conceptos mismos son intemporales y no nacen ni desaparecen en sí mismos. El concepto del Derecho no es innato, ciertamente, sino adquirido por experiencia de cada hombre: pero la ciencia no se cuida del concepto que del Derecho pueda formarse en su conciencia cada hombre, porque o será un concepto puramente vulgar y equivocado, o puramente "formal", reflejo del concepto formal científico. El concepto que "cada hombre" se forma del Derecho no es más que un concepto *precientífico*, que puede servir de punto de partida de la investigación, pero nada más. Que cada uno se pueda formar, por experiencia,

(417) *Fil. del Derecho*, p. 153.

"un" concepto del Derecho, no quiere decir que ese concepto sea acertado y digno de tenerse en cuenta por la ciencia; ni quiere decir tampoco que no haya un concepto formal por relación a la experiencia jurídica que necesariamente ha de determinar y, por relación a la ciencia del Derecho (positivo), a priori. Por lo demás, el error del formalismo ha consistido en hacer de la forma elemento de valoración de la idea misma del Derecho. Hecha esta salvedad, hay que oponerse a aquellas actitudes que, en último término, van a parar a la negación de toda teoría del Derecho que no sea el Derecho natural.

Un tema capital de la filosofía jurídica es el *axiológico*. Hoy ya es corriente la consideración valorativa de la Filosofía del Derecho (citemos la corriente procedente del neokantismo sudoccidental alemán: LASK, MAYER, RADBRUCH, BINDER, así como la obra de SAUER, totalmente orientada en la axiología). Pero hasta ahora no se ha realizado en torno a los valores jurídicos una labor semejante a la que para la Ética ha realizado NICOLAI HARTMANN (418). Aquí, por tanto, no puede quedar el tema

(418) En su gran obra *Ethik*. Su labor ha sido preparada por Brentano, *Vom Ursprung des sittlichen Erkenntnis;* Hildebrand, *Die Idee der sittlichen Handlung,* y especialmente por Max Scheler, *Der Formalismus in der Ethik;* acerca de la labor de Scheler escribe Hartmann, ob. cit. p. VI: "Die (Schelersche) materiale Wertethik ist die geschichtliche Wiedergewinnung des der Sache nach von Anbeginn Zusammengehörigen. Ja, sie ist allererst die Wiederentdeckung der Zusammengehörigkeit selbst. Sie gibt dem ethischen Apriorismus seinen ureigenen reichen Inhalt wieder, dem Wertbewusstsein aber die Gewissheit invariablen Gehaltes inmitten der Relativismus menschlicher Wertung. Damit ist der Weg gewiesen. Aber es ist ein anderes, ihn weisen, ein anderes, ihn beschritten. Weder Scheler noch sonst einer hat ihn beschritten, wenigstens nicht in der eigentlichen Ethik — wohl nicht ganz zufälligerweise. Hier zeigt es sich eben, dass wir noch gar sehr Neulinge sind auf dem Boden des Wertreiches, ja dass wir mit der neuen Einsicht, die zunächst wie ein Abschluss anmutet, in Wahrheit wieder einmal ganz am Anfang stehen — einer Arbeit deren Grösse wir noch schwerlich ermessen". En España tenemos una bella síntesis de la doctrina de los valores en el discurso del profesor García Morente, *Ensayos sobre el progreso,* primera parte. En la Filosofía jurídica española han dado cabida al tema axiológico dos interesantísimos estudios, todavía inéditos, cuya pronta publicación nos parece altamente

más que esbozado. El valor es una adherencia de las cosas. No se confunde jamás con la cosa misma ni es una propiedad de ésta que pudiera ser hallada mediante el análisis. Las cosas a las que adhieren valores son los bienes. Los bienes que son creados por el esfuerzo humano son las obras de cultura, en el más amplio sentido de la palabra (419). El Derecho es una obra humana a la que adhieren valores de determinada especie: por eso el Derecho mismo no es un valor; el Derecho es, más bien, un producto cultural, un bien. Y el bien es un soporte de valores, de ciertos valores. Pues hay valores que no adhieren a cosas (bienes) sino a personas: son los valores éticos. Por eso los valores que adhieren al Derecho no son valores éticos, sino una nueva clase de valores. Pero a la voluntad creadora de Derecho sí que adhiere un valor ético. El valor ético presupone todos los restantes valores y bienes: sería imposible que el robo fuera un disvalor ético si no se admitiera previamente el valor de la propiedad. El valor es, pues, como un *acento* que poseen las cosas valiosas. Si la existencia de valores es, a su vez, un valor, a la *realización* de valores adhiere igualmente un valor. Y como el valor fundamenta el *deber ser*, es un imperativo la realización de valores, es decir, la creación de obras valiosas. El legislador debe, por tanto, realizar valores; en tanto que aspira a ello, es su voluntad éticamente buena; los valores que aspira a realizar son los *valores jurídicos*. El legislador quiere dominar los acaecimientos de la vida social; tal es el primer valor del Derecho: el *dominio político-social* o valor de *orden* (420). El legislador quiere que ese dominio se oriente en

deseable: prof. Enrique Luño Peña, *Prolégomenos de Filosofía del Derecho; I, Fundamentación valorativa;* prof. Recaséns Siches, *Misión y perspectiva de la Filosofía del Derecho.*

(419) Cfs. Muench, *Kultur und Recht,* p. 6: "Der Sinn der Freiheit und damit aller Kultur ist die autonome Ideenbeziehung in der gesamten Erlebnisgestaltung. *Kultur ist ideenbezogene Naturgestaltung*". Cfs. Sauer, ob. cit. § 17.

(420) Cfs. Tsatsos, *Der Begriff des positiven Rechts,* p. 46, donde este valor es considerado como "Sinn und Wert des positiven Rechtes", es decir, como único valor jurídico. Véase Herrfahrdt, ob. cit., primera parte, con su distinción (inspirada en Radbruch) entre valor de forma (orden) y valor de fondo (justicia).

tal sentido y no en tal otro, porque cree que el sentido elegido es el mejor: de ese modo surge un nuevo valor, el valor de la *justicia*. Del hecho de ser realizados — en grado mayor o menor – esos valores, la comunidad queda constituída, "integrada" con un criterio nacional, universalista, etc., y nos hallamos frente a otro valor: el valor de *integración*. Y al mismo tiempo resulta de todo esto, para los miembros de la comunidad jurídica, una situación de certeza, un "saber a qué atenerse" en sus relaciones jurídicas, que constituye otro valor: la *seguridad jurídica*. Y con todo esto resulta servida la *utilidad (bien común)* de los miembros de la comunidad, que es otro de los valores aspirados por el legislador: cuando se dicta una norma jurídica se aspira a que ésta beneficie, sea útil a la comunidad. Con esto no queda agotada la enumeración de los valores jurídicos; pero quedan señalados algunos valores jurídicos importantes. Estos valores no son coordinados unos de otros, sino jerárquicos. ¿Cuáles son los criterios de supraordinación e infraordinación? Hay valores que son condición material de la existencia de otros valores. Los primeros son los valores subordinados; los últimos son los valores superiores. Se da la paradoja aparente de que los valores superiores son — ontológicamente — los valores más débiles, los más condicionados; mientras que los valores inferiores muestran una fortaleza superior y una incondicionalidad que puede llegar a ser absoluta. Si no existe, por ejemplo, un valor de "orden", no hay ni puede haber "seguridad", "integración", "utilidad" ni "justicia": así, pues, el valor de orden es un valor condicionante de todos los demás, los cuales le son "superiores". Si no hay un valor de "seguridad" y un valor de "integración" no puede haber un valor de "utilidad" ni un valor de "justicia". Un *orden* puede ser, además, *cierto, integrador, útil* y *justo*. Pero sólo un orden cierto e integrador puede ser también útil y justo. Y sólo un orden cierto, integrador y útil puede ser, además, justo. Todos estos valores pueden ser aspirados indistintamente por el legislador; pero no todos son igualmente aptos para realizarse por este camino. Un hombre puede ponerse como finalidad de su aspiración la realización de valores éticos; pero es difícil que por ese camino llegue a ser un hombre éticamente bueno: incurre en

peligro de fariseísmo. Del mismo modo, el legislador puede proponerse como finalidad la Justicia; pero es difícil que ésta se deje realizar de ese modo. La Justicia es, más bien, un resultado de la realización de otros valores, es un fruto de la realización de los valores que para cada caso valen como más altos (utilidad, integración, seguridad, orden). Así, pues, la Justicia es el valor ontológicamente más condicionado; por lo cual es, axiológicamente, el más alto valor jurídico. La escala de los valores es, pues, esta — de superior a inferior —: justicia, utilidad (bien común), integración, seguridad, orden.

Pero nos queda aún otro problema. El Derecho no es un fin en sí; es un ser en sí pero no para sí: es una técnica al servicio de finalidades trascendentes. Con arreglo a estas finalidades se determina la teleología de los valores jurídicos. Se aspira un valor con preferencia a otro porque se ha elegido previamente esta finalidad y no tal otra. Esas finalidades son tres: el *hombre*, el *Estado* y las *comunidades vitales*, la *cultura*. Quien, por ejemplo, prefiere a otros valores los valores del orden y de la integración es porque ha estimado previamente que el Estado y las comunidades vitales son el más alto valor del mundo. Quien prefiere, en cambio, la utilidad y la seguridad, ha estimado de antemano que el hombre es lo único substantivo y que a él corresponde todo valor. Por lo demás, la posibilidad de estas conexiones mutuas es indefinida, y sólo se presentan algunos casos de antinomias insolubles entre unos valores y otros. A veces, en interés del hombre, habrá que preferir el orden y la integración a todo otro valor. Pero, de modo general, aquellas formulaciones responden a una evidencia inmediata. De hecho, la estimación de aquellas finalidades es cambiante; pero esto no impide que sólo una estimativa sea la "justa". Si RADBRUCH y KELSEN se han rendido al relativismo, no tenemos por qué seguirles en ese camino. Frente a todo transpersonalismo, conservador o cultural, creemos posible una fundamentación del personalismo. Recordemos la distinción que hace MAX SCHELER (421) entre valores personales y valores reales (*Person- und Sachwerte*). Valores personales son

(421) *Formalismus*, ps. 92 y ss.

todos aquellos valores que corresponden inmediatamente a la persona; valores reales son los valores de las cosas que encarnan valores, tal como los "bienes"; entre éstos habría que distinguir entre bienes materiales (los bienes útiles o de goce), bienes vitalmente valiosos (como los bienes económicos y bienes espirituales, como la ciencia y el arte, es decir, todos los llamados bienes culturales). En cambio, en los valores personales hay que incluir, primeramente, los valores de la persona misma y, después, los valores morales. En este sentido, por su misma esencia, los valores personales son superiores a todos los valores reales. Claro que no todas las personalidades son de igual valor, y por eso el personalismo ha de ser un "personalismo jerárquico", es decir, combinado con una concepción sociológica universalista. Pero el valor de la persona es un valor primario con relación a todo otro valor humano. Como dice el profesor RECASÉNS (422), ya motivos gnoseológicos imponen como necesario punto de partida el yo: el yo es lo más cierto e indudable; y aunque la Filosofía de los valores puede construirse con autonomía, a priori, en el terreno de la pura idealidad, en cambio la Filosofía de la cultura, doctrina de la realización de los valores, ha de tener muy en cuenta el substrato de esos valores: de modo que allí la determinación de éste juega un papel primordial. Y es indudable que la cultura no tiene sentido más que para el hombre; él es quien la realiza, superando con sus creaciones libres, la "mera naturaleza", imprimiendo en las cosas y en las obras sus ideales y sus aspiraciones; y además, la necesita: pues el hombre es ignorante y para saber crea la ciencia; es débil y para dominar la naturaleza inventa la Técnica; no alberga la Belleza pura, pero aspira a acercarse a ella y tiene el Arte; es pecador y, para redimirle de sus bajezas dispone de la Ética; pretende encarnar la idea de Justicia y crea el Derecho, etc., de modo que sólo para el hombre tiene sentido la cultura, y no lo tiene ni para la naturaleza inconsciente ni para Dios que no la necesita, porque lo es todo y todo lo tiene. Por eso la idea de la dignidad humana debe presidir todas las demás tareas. Como dice UNAMUNO, un hombre vale más que toda la Humanidad.

(422) *Adiciones* a Del Vecchio, I, ps. 371 y ss.

Con esto nos hemos puesto en condiciones de responder al tema fundamental: el contenido de la justicia. La justicia es, como hemos visto, *teleología de los más altos valores jurídicos;* pero esa teleología no se realiza, en verdad, más que dentro de la finalidad personalista. Sólo con la mira de que el hombre es el único portador de los más altos valores en general — los valores éticos y religiosos — es posible querer los valores jurídicos más altos para cada caso. Sólo entonces se puede realizar, por tanto, justicia. La justicia no es, en el sentido que aquí empleamos, el *suum cuique,* el dar a cada uno lo suyo; este concepto es inservible para la Filosofía del Derecho porque no es más que un *deber ser moral* que presupone ciertos bienes y un criterio previo de distribución de esos bienes, es decir, acerca de lo que cada cual debe considerar "en justicia" como suyo; y a la realización por el individuo particular o por el legislador de ese deber ser adhiere un valor ético que, si se quiere, puede seguir llamándose justicia, para no romper con la respetable tradición que, desde PLATÓN y ARISTÓTELES, incluye a ésta entre las virtudes morales; pero no es ya la justicia como valor jurídico. La justicia en nuestro sentido es la realización de los más altos valores jurídicos y, en la idea, unidad harmónica de todos los valores jurídicos. En este sentido, la idea de justicia coincide con la idea del Derecho. Si los valores dan sentido al Derecho, el Derecho positivo es el soporte real de ciertos valores jurídicos y la idea del Derecho es la unidad ideal de todos los valores jurídicos. Es, por tanto, algo eterno e inmutable, cuya realización constituye, para el hombre, una tarea infinita. Pues nunca podrá decirse que se han realizado de un modo exhaustivo todos los valores jurídicos posibles. Esta idea del Derecho es también el legado eterno de la doctrina del Derecho natural. *No hay tal Derecho natural:* el Derecho es un producto de cultura. Pero hay valores jurídicos que constituyen un reino a priori y hay una idea del Derecho constituída por la unidad ideal y harmónica de todos esos valores. De este modo, un Derecho absolutamente justo es inexistente; pero hay un Derecho *relativamente justo.* El Derecho justo es *aquel Derecho positivo que realiza la idea de justicia en la medida que lo toleran las circunstancias culturales del país y*

época en que es creado. A este Derecho que, en grado mayor o menor, es justo porque ha tenido la *intención* de ser *absolutamente justo,* se le debe, en atención a la *justicia posible* que realiza, *obediencia,* y por el *orden* y *seguridad* que en todo caso ha creado, le es debido ineludiblemente esto: *aplicación judicial.*

Con esto hemos recorrido los temas fundamentales de la Filosofía del Derecho en sentido estricto; veamos ahora los de la teoría jurídica pura.

§ 72. FILOSOFÍA DEL DERECHO Y TEORÍA JURÍDICA PURA (CONT). — La teoría pura del Derecho, en cuanto es Gnoseología del Derecho positivo, trata de conocer lo "jurídico" del Derecho. Este elemento jurídico se expresa en el concepto formal del Derecho. Lo que constituye en jurídica a una norma es su inmanente "deber ser judicialmente aplicada": eso es lo "esencial" del Derecho. Es indudable que lo que constituye a algo en Derecho es, primordialmente, la intención de realizar una idea jurídica justa: pero una norma con esa "intención" no sería jurídica si la intención no cristalizase en una exigencia de aplicación judicial. Sin idea del Derecho no puede haber Derecho positivo, es el supuesto ineludible de todo Derecho; pero a la Gnoseología jurídica le interesan los "rasgos esenciales" del Derecho positivo mismo. La Gnoseología jurídica opera con el a priori lógico del Derecho, y este a priori no es la idea, porque la idea es más que supuesto lógico, es "fundamento", es lo que da sentido al Derecho, pero no es el Derecho mismo, o mejor, lo jurídico del Derecho. Sólo el hegelianismo absoluto que racionaliza todo lo real, y el Derecho natural, que ignora la realidad jurídica de lo que no responde a la idea, podrían adoptar esta actitud. Lo que interesa a una teoría jurídica pura no es la relación a la idea del Derecho, sino lo que permite llamar jurídico a algo que trata de realizar una idea jurídica. El Derecho es el medio técnico de realización de la idea de la Justicia: por eso, las "respuestas" de los jurisconsultos no son "Derecho" puesto que no les es inmanente la exigencia de aplicación judicial, es decir, no son instrumentos técnicos, por mucho que tengan la "intención" de realizar la idea del Derecho.

BINDER disputa en vano con el supuesto "naturalismo" de los

partidarios de una teoría pura del Derecho, afirmando que lo que constituye a algo en Derecho es la idea, una idea que él concibe, de acuerdo con su criterio transpersonalista, como "coacción para constituir comunidad". Nosotros coincidimos con BINDER en reconocer como esencial este elemento coactivo, que nos parece preferible caracterizar como aplicación judicial, pero no admitimos que la idea misma del Derecho consista en eso. La aplicación judicial constituye a algo como Derecho aquí y ahora, y es, por eso, un elemento lógicamente necesario del concepto del Derecho; y lo así determinado como Derecho positivo tiene que realizar una idea jurídica, la cual, empero, ya no puede, en verdad, ser ni "coacción a constituir comunidad" ni siquiera exigencia de aplicación judicial, sino unidad armónica de todos los valores jurídicos. Así, pues, si la idea es de tal modo el prius ontológico que sin idea no habría, en absoluto, Derecho positivo, la aplicación judicial de la norma es tan necesaria que sin ella la idea seguiría siendo idea, pero no tendría realización en el orden jurídico. Por eso podemos distinguir entre "supuesto ontológico del Derecho" — idea del Derecho — y "a priori lógico del orden jurídico" (entendiendo el Derecho en su sentido abstracto, prescindiendo de las circunstancias tempo-espaciales y entendiendo por orden jurídico el Derecho sometido precisamente a esas circunstancias). La teoría jurídica pura se interesa por el a priori lógico del orden jurídico. Pero, ¿qué es "a priori"? Oigamos a HARTMANN sobre este punto: "a priori es todo conocimiento en el que no es dado un caso real concreto, del cual, por tanto, no puede proceder su cualidad de "dato", o bien, un conocimiento en el que lo conocido sobrepasa materialmente al caso concreto, aun allí donde éste es dado y, por tanto, no es dado como tal al conocimiento. El conocimiento apriorístico indica de antemano cómo ha de ser el objeto (en determinado respecto). Lo que es dado a tal conocimiento es el rasgo general y esencial, sin referencia a su existencia en el caso real. Pero en tanto que, ontológicamente, tales rasgos esenciales constituyen, frente al caso concreto, lo primario, forman el prius esencial" (423). A la inversa, " a posteriori es todo conocimiento

(423) *Metaphysik der Erkenntnis*, cap. 5, p. 49.

en el que es dado un caso concreto en cuanto tal, del que se predica algo como existente o presente. Lo conocido puede valer también, ciertamente, para otros casos; pero tal validez, en tanto que existe, no puede ser predicada en cuanto tal del caso presente. No radica en el hecho de ser dado como tal caso singular, y por eso no se ofrece al conocimiento a posteriori. El caso concreto es lo ontológicamente secundario, el posterius esencial. En este sentido, el conocimiento en el caso presente es, de hecho, conocimiento a posteriori". Por el contrario, "es conocimiento a priori el conocimiento que se obtiene sobre la base del prius, y que de ahí se extiende al caso". Una efectiva distinción esencial consiste en que no hay conocimiento a posteriori más que de objetos reales y, en cambio, conocimiento a priori hay tanto de objetos reales como de objetos ideales. Pero esta distinción está condicionada ontológicamente: ningún caso concreto tiene ser ideal, al ser idea le falta, a su vez, el ser aquí y ahora, la individualización. Pero el posterius, al que se refiere el conocimiento a posteriori, es precisamente el caso concreto individual en su ser aquí y ahora. Por tanto, el conocimiento apriori enlaza ambos reinos del ser; el conocimiento a posteriori los separa (424). — La idea del Derecho es apriori, puesto que no es un caso real, sino algo que indica cómo ha de ser el Derecho y qué reconocemos que realiza cada Derecho justo; pero también el conocimiento de los rasgos lógicos esenciales, que constituyen a algo como Derecho positivo, es a priori: en este conocimiento nos es dado un caso concreto — pues de la pura razón no podrían derivar — pero lo conocido sobrepasa al caso real, puesto que vale para todos los casos reales posibles.

La teoría pura del Derecho se ocupa de este a priori; en cambio, la Jurisprudencia positiva se ocupa de lo que en la escala del conocimiento jurídico tiene el lugar de posterius, es decir, el ser aquí y ahora de cada orden jurídico: el contenido de los códigos, la diferenciación de derechos subjetivos y Derecho objetivo, la distinción entre Derecho público y privado, el caos de Derechos estatales y Derecho internacional, etc. Pero tras estos conteni-

(424) Hartmann, ob. cit., p. 48.

dos, tras estas distinciones empíricas, tras este caos, al conocimiento a priori son dados los rasgos esenciales que restablecen en todo la unidad. Tras los contenidos variables está lo permanente, expresable en conceptos apriorísticos que, en cierto sentido, son formales en tanto que carecen de todo contenido empírico. Tras la distinción de Derecho objetivo y Derecho subjetivo, de Derecho público y privado está la unidad esencial a priori. Tras el caos de Derechos estatales y Derecho internacional hay la unidad del orden jurídico universal.

La distinción entre Derecho público y Derecho privado es una distinción puramente empírica, insostenible ante una teoría apriorística del Derecho. Son bastante significativas a este respecto las vacilaciones de los autores en hallar un criterio distintivo. A la manera de los juristas anteriores a KANT que buscaban aún una definición para su concepto del Derecho, a la hora presente siguen buscando un criterio distintivo suficiente. La diferenciación de ULPIANO tiene alguna aplicación en todas las épocas individualistas, tanto la romana como la moderna era industrial. Pero careció de sentido en la Edad Media; los germanos no la conocieron durante siglos, y hoy comienza de nuevo a ser inaplicable. Se la mantiene, en buena parte, por motivos extrajurídicos, económico-sociales. La burguesía se alarma ante ciertos avances de la legislación social y habla de "intervenciones ilegítimas" del Derecho público en el privado. No es, pues, extraño que por motivos idénticos, desde posiciones opuestas, se pida su desaparición: los socializantes aspiran a que todo el Derecho sea Derecho público. El punto de vista de la teoría pura prescinde de tales consideraciones y se pregunta, únicamente, qué sentido tiene hablar de un Derecho público y de un Derecho privado como de cosas substancialmente distintas. Nosotros admitimos, en lo fundamental, las críticas de KELSEN en este punto, críticas en las que, por lo demás, no está solo, y no faltan civilistas que las han compartido; así, recientemente, LEO ROSENBERG (425). Hay contenidos diversos, pero los rasgos esenciales son idénticos. Sobre la oposición existe la unidad "Derecho". GIERKE, un autor para quien "la oposición neta y fundamental" de ambos derechos era "intangible" y no podía "hacerla desaparecer sin abandonar las conquistas mismas que queremos defender", afirmaba, sin embargo, a continuación: "pero siendo indispensable esta oposición, debemos con todas nuestras fuerzas buscar y realizar (!) la unidad por encima de la oposición" (426). Recientemente, WALTER JELLINEK ha escrito: "ante

(425) *Lehrl. d. deutschen Zivilprozessrecht;* cit. por Jöckel, ob. cit., página 147.

(426) Cfs. Su *Función Social del Derecho privado,* versión española.

todo, hay tal diferenciación. Ciertamente, pertenece el Derecho privado en cuanto puesto por el Estado, en su cualidad de ley, al Derecho público (!). Pero no se piensa en la cualidad de ley del Derecho administrativo al imputarlo al Derecho público (?) sino en la índole de los hechos y relaciones jurídicas que regula" (427). Pero como las relaciones jurídicas son siempre cambiantes y no hay un criterio decisivo para determinar cuáles son de Derecho público y cuáles de Derecho privado, si en su cualidad de ley el Derecho privado pertenece al público, existe primariamente la unidad, y nuestro punto de vista está ganado. Claro que no se puede desconocer la diferencia que hay entre la técnica del Derecho constitucional y la del Derecho de obligaciones, por ejemplo. Pero, acabamos de decirlo: diferencia de técnica, diferencia objeto de un conocimiento *a posteriori* que versa exclusivamente sobre hechos reales que no tienen carácter de necesidad. No es necesario que la distinción exista. El campo del Derecho público se amplía cada día más, y así la técnica se aplica a hechos y relaciones siempre distintos. Se concibe un Derecho civil absolutamente socializado. Que sea "deseable" o no es problema distinto: basta que sea posible. Por eso la distinción de Derecho privado y Derecho público se relega cada vez más al dominio de la Jurisprudencia positiva, alejándose del de la teoría pura del Derecho, porque allí el imperativo de pureza metódica pierde en rigidez; allí cabrá discutir, por ejemplo, si una ley que establece un comité paritario o Jurado mixto de la vivienda es Derecho público, o qué "debía ser"; pero en esos puntos concretos, el "debía ser" no tiene otro fundamento que el ideario político-social del jurista, de cada jurista que, naturalmente, tiene un ideario diferente, pero del que emana un "deber ser" con las mismas pretensiones de validez que el contrapuesto.

En consecuencia, la unidad del Derecho es lo dado; la dualidad es lo construído.

Ya antes, en la Aporética, hemos visto, con ayuda de algunos ejemplos, las soluciones que la teoría pura del Derecho da a estos problemas, sin pretender, naturalmente, haber agotado la materia ni por el número de los ejemplos, ni por la profundidad de la solución. Se ha podido ver que en cada problema la teoría pura del Derecho está limitada inmanentemente por un elemento metajurídico, así como la filosofía del Derecho, a su vez, está limitada por un elemento "metaético", correspondiente a la teoría pura. Así queda justificada la idea kelseniana de una teoría jurídica pura, al mismo tiempo que limitada en sus aspiraciones absor-

(427) *Verwaltungsrecht;* cit. por Jöckel, ob. cit., p. 149.

cionistas y exclusivistas. La teoría jurídica pura, en su totalidad, tiene un fundamento ontológico, del que carece en KELSEN, y de esa falta deriva su relativismo, su indiferencia ética y su exclusivismo.

La teoría pura del Derecho representa un extraordinario progreso en el pensamiento jurídico, pero hay que moderar el entusiasmo acrítico que podría comprometer su éxito. No hay que sacrificar las realidades a un método, puesto que a todo método son dadas las realidades. La teoría pura del Derecho no puede ser la única ciencia del Derecho y del Estado porque ni la realidad jurídica ni la realidad política, pueden comprenderse encerrándolas en los estrechos moldes de la pureza metódica; ésta no puede ver más que una perspectiva de la realidad, perspectiva necesaria para comprenderla, pero que ha de ser completada con otras perspectivas (428). Sólo si la teoría pura del Derecho acepta un fundamento ontológico podrá dejar de ser "extraña a las realidades vitales". Y este fundamento puede quedar simbolizado en la siguiente fórmula que encierra y, en cierto modo, supera todas las "aporías" filosófico-jurídicas: la idea del Derecho es el fundamento de todo Derecho; todo Derecho positivo postula intencionalmente la Justicia; pero como quiera que es imposible ver realizada exhaustivamente esa justicia ideal, hemos de conformarnos para cada caso con la creación de otros valores jurídicos y por ello hemos de reconocer como jurídicamente válida (es decir, como "debiendo ser judicialmente aplicada") toda norma formalmente jurídica, dentro de una comunidad que, en último término, es miembro de la superior comunidad jurídica internacional, y cuyo Derecho es un elemento del sistema jurídico universal. En cam-

(428) Cfs. en sentido análogo P. Galli, *L'indagine giuridica e la purezza del metodo*, p. 10: "Il Diritto... non è solo assolutamente monopolizzato in tutta la estensione nella dottrina pura, nè in alcun modo questa ha la presunzione di negare alle altre scienze quali la sociologia-la filosofia del diritto ecc. la validità delle loro affermazioni in quanto riguardono il diritto; solo nega aqueste la possibilità di esaurire giuridicamente quelle entità complesse le quali in quanto sono giuridiche, in tale carattere devono essere poste ed analizzate secondo ipotesi giuridiche e non già sociali filosofiche ecc."

bio, no ha de abandonarse enteramente a la vida, perdiéndose en el curso fluyente de los acontecimientos: esto sería una degradación de su valor. Defender, por ejemplo, el liberalismo, el absolutismo, el vitalismo político, etc., es legítimo, pero es también basar la ciencia pura sobre un sentimiento de simpatía o antipatía hacia un régimen político determinado. Pero la ciencia no puede tener este débil fundamento y, por eso, en este sentido, la teoría pura del Derecho representa una corrección de la Filosofía del Derecho y su subjetivismo: es verdad que la Filosofía del Derecho posee un criterio objetivo, la idea del Derecho puede ser objeto de una fundamentación apriorística, pero, desgraciadamente, este criterio, en sí objetivo, tiene que atravesar la subjetividad y es variamente interpretado; por eso toda Filosofía jurídica tiene por necesidad sabor subjetivista. Pero la gnoseología jurídica conoce, sin pasión, lo que es Derecho en un momento determinado, parezca bien o mal. Así se corrige aquel subjetivismo que, ora niega la cualidad jurídica del régimen bolchevique porque no respeta la propiedad privada, ora la del liberalismo porque no da suficiente base a la autoridad, ora la de un régimen de dictadura porque no reconoce la libertad, etc. En este sentido, pero sólo en este sentido, debía la teoría pura del Derecho preceder a todo otro estudio jurídico. Lo primero que el jurista práctico ha de saber es qué es, en general, Derecho positivo, es decir, qué posee validez jurídica — no meramente ética o sociológica — para poder decidir después si algo, que es de Derecho, debería valer también como Derecho, es decir, si pone en primer plano los valores de la persona, si es Derecho justo.

§ 73. Para una ontología del Derecho. — El Derecho como síntesis de ser y deber ser. — Un sistema acabado de Filosofía del Derecho debe concluir en una ontología jurídica. No basta marcar el fundamento ontológico de la teoría jurídica pura, desenvolviendo un "perspectivismo de base ontológica": todo esto no es, en definitiva, más que una labor preparatoria, un problema *metódico* previo. Tras la filosofía jurídica en sentido estricto, como doctrina ética del Derecho *(axiología)* y tras la teoría pura del Derecho, hay un lugar para una *metafísica de las instituciones*

jurídicas (ontología) (429). El primer capítulo de esta ontología hace referencia al fenómeno jurídico en general, al *ser del Derecho* en cuanto tal. Aquí debe quedar expuesto un esbozo de tal capítulo. Y no por puro interés teórico, sino porque con él quedará contestado un tema fundamental del kelsenismo: ¿pertenece el Derecho, según KELSEN afirma, a la esfera normativa del *deber ser*? Es decir, ¿a qué esfera ontológica pertenece el Derecho? Se advierte, por de pronto, un mundo de la "realidad", una "naturaleza" ciega para toda significación, ajena a todo sentido; contrapuesto a esta esfera se halla el reino de las *significaciones*, de las *esencias*, de los *valores*. Pero hay una esfera intermedia, que supone las otras dos, que son primarias: la esfera de las cosas que poseen sentido, significación o valor. Supongamos, por ejemplo, una colección de signos tipográficos y de hojas de papel en blanco; todo esto, en cuanto tal, carece de todo sentido y significación; pertenece a la esfera ontológica de la naturaleza; pero con todos esos signos y hojas de papel un impresor compone un libro; ¿pertenecerá ya ese libro, como tal libro, a la misma esfera ontológica que los signos y hojas de papel de que se compone? Es indudable que no: los signos y hojas de papel llevan adherida una significación por obra de una actividad creadora: la de ser vehículos de una idea científica; el libro ha entrado, pues, en el reino de las cosas que poseen sentido y significación: es una obra de *cultura*. Pero las ideas que el libro expresa no pertenecen, en cambio, a la misma provincia ontológica que el libro, sino que están empadronadas precisamente en el reino de las puras significaciones, de las esencias, de los valores. ¿Qué decir ahora de la antítesis kantiana de *ser* y *deber ser*? A no dudarlo, se trata de una falsa contraposición. Dibujo en la pizarra un triángulo equilátero o un número 8; ese dibujo, en cuanto tal, pertenece al *ser;* ¿qué sentido tendría decir que la esencia representada por el dibujo — el "triángulo equilátero", o el "número 8" pertene-

(429) Véase un ensayo de esta ontología en la obra ya citada de Renard, *Théorie de l'institution. Essai d'Ontologie juridique,* así como el vol. I de los *Archives de Philosophie du Droit et de sociologie juridique,* dedicado totalmente al estudio de esta teoría institucional del Derecho.

cen a la esfera del deber ser? ¿Con qué derecho se atribuiría a tales esencias un sentido normativo? Lo normativo no existe más que por referencia a una esfera superior de significaciones, con lo cual resulta que las dos categorías primarias radicales no son las de *ser* y *deber ser*, sino las de "mera existencia" y "significaciones", entre las que se intercala la categoría de las cosas "significativas" o que poseen un sentido. Por eso dice con razón THEODOR LITT (430) que no podría plantearse de algo la cuestión axiológica y normativa, si lo valioso y lo significativo no perteneciesen de algún modo a la misma esfera de las significaciones. Lo que carece de todo sentido no puede ser sometido a tales puntos de vista. Pero el hecho de que de ciertos objetos se pueda plantear esa cuestión no implica que sean efectivamente valiosos o adecuados a las normas. El error lógico, la falta moral, el engendro estético, el yerro político caracterizan objetos que no hallan acomodo en la esfera de lo normativo. Y, sin embargo, están dentro de la esfera de lo significativo. Una cosa es atribuir un sentido a algo y otra reconocerle un valor; la esfera de lo significativo comprende, pues, lo valioso y lo desprovisto de valor, lo normativo y lo contrario a normas, el deber ser y el no-deber-ser. Sobre la esfera del deber ser se alza, por tanto, otra esfera que abraza a ella y su contraria. La esfera de lo significativo — de lo que es y debe ser y de lo que es y no debe ser — existe porque unas cosas del reino de la naturaleza encarnan una cualidad del reino de las significaciones puras, en virtud de lo cual salen de la esfera de la naturaleza sin ascender, naturalmente, a la esfera de las significaciones mismas. Esa esfera de las cosas a las que adhiere un sentido es el reino de la *cultura*. A él pertenece el Derecho y no, como piensa KELSEN, al reino del deber ser: por eso comprende Derecho valioso y Derecho desprovisto de valor, Derecho que es y debe ser y Derecho que es y debería no ser. Si el Derecho perteneciese a la esfera del deber ser, como antítesis del ser, sería una estructura ideal, y KELSEN sería ilógico llamándose positivista, es decir, no reconociendo más que un Derecho *positivo*. Pues un Derecho positivo no puede ser una mera

(430) *Individum und Gemeinschaft*, p. 28.

esencia. Y si no se quiere hablar del deber ser en sentido ético, entonces hay que decir que el Derecho pertenece a otra categoría: a la categoría a que pertenecen los fenómenos de cultura.

Sin embargo, en todo Derecho hay contenido un elemento de deber ser (431); pero este deber ser es un *derivado* de los valores que realiza en mayor o menor grado. Si todo Derecho, en cuanto tal, realiza el valor del orden y de la seguridad jurídica, todo Derecho debe ser judicialmente aplicado. Y en tanto que todo Derecho realiza un mínimum de justicia, todo Derecho debe ser obedecido en conciencia. Pero si, no obstante, hay un Derecho o norma de Derecho que es notoriamente injusto, de él no deriva en cuanto tal el deber ser obedecido (aun cuando otras razones morales — *propter vitandum scandalum* — lo aconsejen), sino sólo el deber del Estado de aplicarlo por medio de sus órganos. Pero el Derecho no es sólo este deber ser, sino que es, además, un ser, o mejor, una síntesis de ser y deber ser. Tiene razón KELSEN pensando que el Derecho tiene una entidad autónoma frente a los actos psíquicos de su creación y representación, pero esto no autoriza a negar que el Derecho contiene un elemento de "ser real" (432). Coincidimos con LARENZ (433), sosteniendo que el Derecho es una existencia cuyo "ser" significa un "deber ser", cuyo "sentido" es pretender una validez normativa, con lo cual resulta que el Derecho no es ni mero ser ni mero deber ser, sino norma y realidad temporal, pretensión de validez y hecho real de vigencia, idea y positividad. A este *modo de ser* del Derecho llama LARENZ su "validez". Nosotros hemos distinguido la validez jurídica de la validez ética y sociológica; pero coincidimos con el autor mencionado en tanto que identificamos "Derecho jurídicamente válido" con "Derecho positivo" y aun

(431) En contra de esta opinión se ha manifestado Rudolf Laun, *Recht und Sittlichkeit*, considerando que sólo "el Derecho", pero no el Derecho positivo contiene un *Sollen*, y esto por hacer coincidir "el Derecho" con la Ética. Véase también W. Schönfeld, *Von der Rechtserkenntnis*, p. 55.

(432) Cfs. la nota 340 y el capítulo dedicado a la crítica del concepto kelseniano de la validez.

(433) *Das Problem der Rechtsgeltung*, págs. 23 y ss.

con "Derecho" en general. El Derecho, en cuanto tal Derecho, no puede ser más que Derecho válido, es decir, Derecho positivo. Por eso dice G. HUSSERL que la validez jurídica es forma del ser del Derecho. Pero este ser no es sólo una mera existencia, sino realización y temporalización de una significación supratemporal, en virtud de la cual posee "realidad". Pero esta realidad no la logra el Derecho más que dentro de una comunidad jurídica. El Derecho, dice W. SCHÖNFELD (434), no tiene realidad más que si es el orden efectivo y normativo de una comunidad jurídica; su existencia es aparente si el orden jurídico no se inserta en la comunidad, no sólo en el aspecto mormológico, sino sociológicamente. Con esto quiere decirse que la validez jurídica no puede existir sin un mínimum de validez sociológica; pero esto — que ya ha sido conocido por KELSEN — no impide la afirmación de que para la ontología del Derecho basta considerar a éste como una síntesis de ser y deber ser, como hecho y exigencia de aplicación judicial, como *realización en el tiempo, por medio del hecho debido de la aplicación judicial, de la idea intemporal del Derecho como unidad armónica de todos los valores jurídicos.*

Este ser del Derecho se traduce en una estructura normativa. El orden jurídico es un sistema de normas; estas normas pueden ser generales y abstractas y concretas e individuales. La constitución fija, por ejemplo, los requisitos de la constitucionalidad de la ley penal; la ley penal determina que quien cometa tales o cuales actos delictivos deberá ser castigado; la sentencia judicial establece que puesto que *A* ha delinquido, debe ser castigado con tal pena; la administración penitenciaria da cumplimiento a esta última norma: tal es la jerarquía de las normas. Contra este modo de ver ha objetado HERMANN ISAY que el orden jurídico es un conjunto de decisiones y no de normas, puesto que sólo la decisión puede cumplir la finalidad del Derecho, que es crear una regulación de las relaciones externas entre los miembros de una comunidad (435). A nuestro juicio, la relación entre norma y

(434) *Von der Rechtserkenntnis*, p. 101.
(435) *Rechtsnorm und Entscheidung*, p. 29.

decisión no está bien planteada. La decisión no es sólo la aplicación o concreción de la norma (general). También la creación de las normas implica una decisión, y la misma constitución puede ser considerada como una decisión (436). La norma no es siempre meramente el fruto de un proceso "racional" sino aplicación inmediata a un caso concreto o suma de casos concretos del sentimiento jurídico. La norma es la traducción de la decisión. Por eso, el orden jurídico no es un conjunto de decisiones, sino un conjunto de normas, cada una de las cuales y en conjunto son fruto de la decisión. El mismo orden jurídico, en su totalidad, pende de la decisión política. *Este decisionismo, que ya no pertenece a la teoría pura del Derecho, es el límite necesario del normativismo.*

(436) Cfs. Scmitt, *Verfassungslehre*, § 3.

BIBLIOGRAFIA

AFFOLTER: Zur Lehre von der Persönlichkeit des Staates, en Archiv des öffentlichen Rechtes, Bd. XX, 1906.

ALEXEEF: L'Etat, le Droit et le pouvoir discretionnaire des autorités publiques, en Revue internationale de la théorie du droit, vol. III (*).

BAUMGARTEN: Rechtsphilosophie, München und Berlin, 1929.

BAUTRO: Die Idee der Totalität in der Philosophie und Rechtstheorie, en Revue internationale de la théorie du droit, vol. III.

BINDER: Rechtsbegriff und Rechtsidee, 1915.

— Philosophie des Rechtes, Berlín, 1925.

BONDY: Zum Problem der Rechtssatzformulierung, en Zeitschrift für öffentliches Recht, Bd. IX.

BONNARD: La doctrine de Duguit sur le Droit et l'Etat, en Rev. int. de la th. du droit, vol. I.

— La théorie de la formation du Droit par dégrés dans l'œuvre d'Adolf Merkl, en Revue de Droit public, 1928.

— Droit naturel et droit positif, en Rev. int. de la th. du droit, III.

CASTIGLIA: La Filosofia dell' "Als Ob" nel Diritto, en Rivista internazionale di Filosofia del diritto, VI, 1926.

CATHREIN: Die Grundlagen des Völkerrechts, en Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie, Bd. X.

— Filosofía del Derecho. El Derecho natural y el positivo, versión española de Jardón y Barja, Madrid, Reus, 2.ª ed., 1926.

COHEN: Ethik des reinen Willens, 3. Aufl. 1921.

CHEVALIER: Le concept et l'idée, en Mélanges Hauriou, París, 1929.

DABIN: Philosophie de l'ordre juridique positif, París, Recueil Sirey, 1929.

DARMSTAEDTER: Recht und Rechtsordnung, Ein Beitrag zur Lehre vom Willen des Gesetzgebers, Berlín-Grunewald, 1925.

— Rechtslogismus und Rechtssoziologie, en Arch. Rechts- u. Wirtschaftsphilosophie, Bd. XX.

— Die Grenzen der Wirksamkeit des Rechtsstaates, Heidelberg, 1930.

DEL VECCHIO: Filosofía del Derecho, versión española y extensas adiciones de Luis Recaséns Siches, Barcelona, Bosch, 1930.

(*) Esta revista, cuyos fundadores fueron Kelsen, Duguit y Weyr, publica artículos en alemán y francés. Su título alemán es: "Internationale Zeitschrift für die Theorie des Rechts".

Del Vecchio: Los principios generales del Derecho, versión española, Barcelona, Bosch, 1933.
— Ueber die Staatlichkeit des Rechtes, en Zeitschr. öff. Recht, Bd. VIII.
Duguit: Transformaciones del Derecho privado, versión de Posada. Madrid, Beltrán.
— Las transformaciones del Derecho público, versión de Posada, Madrid, Beltrán.
— La transformación del Estado, versión de Posada, Madrid, 1912.
— Théorie générale de l'acte juridique, en Revue Droit public, 1919.
— El pragmatismo jurídico, conferencias en la Universidad de Madrid, 1923.
— Soberanía y Libertad, versión de G. Acuña, Madrid, Beltrán.
— Traité de Droit constitutionnel, 2.ª ed. 1921-1925.
— Les doctrines juridiques objectivistes, en Rev. Droit public, 1927.
Emge: Ueber das Grunddogma des rechtsphilosophischen Relativismus, Berlín und Leipzig, 1919.
— Vorschule der Rechtsphilosophie, Berlín, 1925.
Galli: L'indagine giuridica e la purezza del metodo, extr. de los Studi in onore di F. Cammeo, Padova, 1932.
Ganeff: Sintesi scientifica e sintesi giuridica, en Riv. int. di Fil. del diritto, VI, 1926.
García Morente: Ensayos sobre el progreso. Discurso en la Academia de Ciencias morales y políticas, 1932.
Garner: Des limitations à la souveraineté nationale dans les relations extérieures, en Rev. de Droit international et de Législation comparée, VI, 1925.
Geny: Science et technique en droit privé positif, París, 1921 y ss.
Golab: L'essenza della persona giuridica, en Riv. int. di Fil. del diritto, VI, 1926.
Gysin: Rechtsphilosophie und Jurisprudenz, Zurich, 1927.
— Naturrecht und Positivität des Rechtes, en Rev. int. de la th. du droit, vol. VIII.
— Öffentliches Recht und Privatrecht, en Zeitschr. öffentl. Recht, Bd. IX.
Hartmann: Grundzüge einer Metaphysik der Erkenntnis, 2. Aufl. Berlín u. Leipzig, Walter de Gruyter, 1925.
— Ethik, Berlín und Leipzig, Walter de Gruyter, 1926.
Hatschek: Einleitung in das öffentliche Recht, Leipzig, 1926.
Hauriou: Principios de Derecho público y constitucional, versión de Ruiz del Castillo, Madrid, Reus, 1927.
— Le pouvoir, l'ordre et la liberté, en Rev. de Métaphysique et moral, 1928.
— L'Ordre social, la justice et le Droit, en Revue trimestrielle de Droit civil, 1927.

HEINRICH: Das Sollen als Grundlage der Rechtswissenschaft, en Zeitschr. öff. Recht, Bd. II.
HELLER: Die Krisis der Staatsrechtslehre, en Archiv für Sozialwissenschaft und Politik, 1924.
— Die Souveränität. Ein Beitrag zur Theorie des Staats- und Völkerrechts, Walter de Gruyter, Berlín u. Leipzig, 1927.
— Bemerkungen zur Staats- und rechtstheoretischen Problematik der Gegenwart, en Arch. öff. Rechts, Bd. 16, 1929.
HERRFAHRDT: Revolución y ciencia del Derecho, versión española del Prof. Antonio Polo, Madrid, Editorial Revista de Derecho privado, 1932.
HILDEBRAND: Die Idee der sittlichen Handlung, en Jahrbuch für Phänomenologie und phänomenologische Forschung, Bd. III, 1916.
HIPPEL: Zur Kritik einiger Grundbegriffe in der "reinen Rechtslehre" Kelsens, en Arch. öff. Rechts, Bd. 5, 1923.
HOLD-FERNEK: Der Staat als Uebermensch, Jena, Gustav Fischer, 1925.
— Ein Kampf ums Recht. Entgegnung auf Kelsens Schrift "Der Staat als Uebermensch", Jena, Gustav Fischer, 1927.
HÖLSCHER: Sittliche Rechtslehre. Der Versuch einer objektiven Erforschung des Rechtes, München, 1929.
HORVÁTH: Die Idee der Gerechtigkeit, en Zeitschr. öff. Recht, Bd. VIII.
HUSSERL (E.).: Logische Untersuchungen, 2. Aufl. 1913 y ss.
HUSSERL (G.): Rechtskraft und Rechtsgeltung, Berlín, Springer, 1925.
— Recht und Welt, en Festschrift für Ed. Husserl, Halle, 1929.
ISAY: Rechtsnorm und Entscheidung, Berlín, 1929.
JELLINEK: Teoría general del Estado, versión española de Fernando de los Ríos, Madrid, Suárez, 1924.
JELLINEK (W.): Schöpferische Rechtswissenschaft, akademische Rede, 1928.
JÖCKEL: Hans Kelsens rechtstheoretische Methode, Tübingen, bei Mohr, 1930.
KANT: Fundamentación de la metafísica de las costumbres, versión española de García Morente.
— Crítica de la razón práctica, versión española de Miñana y García Morente.
KANTOROWICZ: Rechtswissenschaft und Soziologie, Tübingen, 1911.
KAUFMANN (E.): Kritik der neukantischen Rechtsphilosopie, Tübingen, bei Mohr, 1921.
KAUFMANN (F.): Logik und Rechtswissenschaft. Grundriss eines Systems der reinen Rechtslehre, Tübingen, bei Mohr, 1922.
— Die Kriterien des Rechtes, Tübingen, bei Mohr, 1924.
— Theorie der Rechtserfahrung oder reine Rechtslehre? en Zeitschritft öff. Recht, Bd. III.
— Kant und die reine Rechtslehre, en Kantsstudien, 1924.

KELSEN: Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, 2. Aufl. Tübigen. bei Mohr, 1923.
— Ueber die Grenzen zwischen soziologischer und juristischer Methode, Tübingen, bei Mohr, 1911.
— Ueber Staatsunrecht, en Grünhut's Zeitschrift, 1913.
— Zur Lehre vom öffentlichen Rechtsgeschäft, en Archiv öff. Recht, Bd. 31, 1913.
— Reichsgesetz und Landesgesetz nach österreichischer Verfassung, en Arch. öff. Rechts, Bd. 32, 1914.
— Die Rechtswissenschaft als Norm- oder Kulturwissenschaft, en Schmollers Jahrbuch, Bd. XL, 1916.
— Zur Theorie der juristischen Fiktionen, en Annalen der Philosophie, Bd. I, 1919.
— Das Verhältnis von Staat und Recht im Lichte der Erkenntniskritik, en Zeitschr. öff. Recht, Bd. II, 1921.
— Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts, 2. Aufl. Tübingen, bei Mohr, 1928.
— Der soziologische und der juristische Staatsbegriff, 2. Aufl. Tübingen, bei Mohr, 1928.
— Rechtswissenschaft und Recht, en Zeitschr. öff. Recht, Bd. III.
— Allgemeine Staatslehre, Wien Springer, 1925.
— Compendio esquemático de una teoría general del Estado, versión española de Luis Recaséns y Justino de Azcárate, Barcelona, Núñez, 1927.
— Das Wesen des Staates, en Rev. int. de la th. du droit, 1926.
— Naturrecht und positives Recht, en Rev. int. de la th. du droit, 1928.
— Die Idee des Naturrechts, en Zeitschr. öff. Recht, Bd. VII.
— Die Lehre von der drei Gewalten und der Funktion des Staates, en Kant-feschrift, 1924.
— Staatsform als Rechtsform, en Zeitschr. öff. Recht, Bd. V.
— Der Staat als Uebermensch. Eine Erwiderung, Wien, Springer, 1926.
— Rechtsgeschichtee gegen Rechtsphilosophie? Wien, Springer, 1928.
— Die philosophischen Grundlagen der Naturrechtslehre und des Rechtspositivismus, Berlín, 1928 (Vorträge der Kant-Gesellschaft).
— Les rapports de système entre le droit interne et le droit international public, en Recueil des Cours de l'Academie de Droit international, 1927.
— Der Begriff des Kompetenzkonflikts, en Juristische Blätter, Jahrg. LVII, marzo de 1928.
— Die Bundesexecution, Tübingen, bei Mohr, 1927.
— La garantie juridictionnelle de la constitution (La justice constitutionnelle), en Rev. Droit public, 1926.
— Juristischer Formalismus und reine Rechtslehre, en Jur. Blätter, 1929, H. 23.

KELSEN: Sozialismus und Staat, 2. Aufl. Leipzig, Hirschfeld, 1923.
— Der Staat als Integration. Eine prinzipielle Auseinandersetzung, Wien, Springer, 1930.
— Der Wandel des Souveränitäts begriffs, Modena, 1931 (en Studi filosofico-giuridici in onore di G. del Vecchio).
— Unrecht und Unrechtsfolge im Völkerrecht, en Zeitschr. öff. Recht, Bd. XII.
KRABBE: L'idée moderne de l'Etat, en Rec. des Cours, 1924.
KUNZ: La primauté du droit des gens, en Rev. droit int. et Leg. comparée, VI, 1925.
— Vöolkerrechtswissenschaft und reine Rechtslehre, en Wiener staatswissenschaftlichen Studien, neue Folge, Bd. III, Wien, 1923.
LARENZ: Das Problem der Rechtsgeltung, Berlín, Junker u. Dünnhaupt, 1929.
— Die Rechts- und Staatsphilosophie der Gegenwart, Berlín, Junker u. Dünnhaupt, 1931.
LASK: Rechtsphilosophie, en Gesammelte Schriften, Tübingen, 1923.
LAUN: Recht und Sittlichkeit, Hamburg, 1925.
LE FUR: Le droit naturel ou objectif s'ètend-il aux rapports internationaux? en Rev. droit int. et lég. comparée, VI, 1925.
— Prècis de Droit international public, París, Dalloz, 1931.
LEGAZ: La validez del Derecho internacional, revista Universidad, Zaragoza, 1931.
— Die ontologische Grundlage der reinen Rechtslehre. Eine Betrachtung ueber die Beziehungen zwischen Rechtswissenschaft und Rechtsphilosophie, en Zeitschr. öff. Recht, Bd. XII.
LITT: Individuum und Gemeinschaft. 3. Aufl., Leipzig und Berlín, 1926.
LÖBL: Zum Problem der reinen Rechtslehre, en Zeitschr. öff. Recht, Bd. III.
LUÑO: Prolegómenos de Filosofía del Derecho. I. Fundamentación valorativa (inédita).
MAGGIORE: La dottrina del metodo giuridico e la sua revisione critica, en Riv. int. di Fil. del Diritto, VI, 1926.
MARCK: Substanz- und Funktionsbegriff in der Rechtsphilosophie, Tübingen, bei Mohr, 1925.
MAURY: Observaciones sobre las ideas del Prof. Hans Kelsen, en Revista de Derecho privado, octubre de 1929.
MAYER: Rechtsphilosophie, 2. Aufl. Wien, Springer, 1926.
MENDIZÁBAL (A.): El Derecho natural en la ciencia administrativa, en rev. Universidad, 1931.
— La ley según Domingo de Soto, Módena, 1931 (en los Studi in onore di Del Vecchio).
MENDIZÁBAL (L.): Tratado de Derecho natural, 7.ª ed. 1928 y ss.
— El indestructible Derecho natural, Módena, 1931 (en los Studi in onore di Del Vecchio).

MERKL: Die Rechtseinheit des österreichschischen Staates, en Arch. öff. Rechts, Bde. 37-38, 1918.
— Hans Kelsens System einer reinen Rechtslehre, en ib. neue Folge, Bd. 2, 1921.
— Die Lehre von der Rechtskraft, Wien, Springer, 1923.
— Allgemeine Verwaltungslehre, Wien, Springer, 1927.
MESSER: Realismo crítico, versión española, colección de la Revista de Occidente.
— Filosofía actual, versión española de la Revista de Occidente.
MÉTALL: Die Regelung der zwischenstaatlichen und völkerrechtlichen Beziehungen in der neuen spanischen Verfassung, en Zeitschrift für Politik, Jahrg. 22, H. 10.
METZGER: Sein und Sollen im Recht, Tübingen, bei Mohr, 1920.
MOKRE: Gegenstandstheorie und reine Rechtslehre, en Zeitschr. öff. Recht, Bd. IX, 1930.
MOÓR: Das Logische im Recht, en Rev. int. de la th. du droit, III.
MORELLET: Le principe de la souveraineté de l'Etat et le droit international, en Revue général de droit international public, 1923.
MUENCH: Kultur und Recht, Leipzig, 1918.
— Die Stellung der Rechtsphilosophie unter den philosophischen Disziplinen, en Philosophie und Recht, H. 1, 1920-1921.
NELSON: System der philosophischen Rechtslehre, Leipzig, Reinhold, 1920.
— Die Rechtswissenschaft ohne Recht, 1927.
ORTEGA GASSET: El tema de nuestro tiempo, 2.ª ed. Madrid, Revista de Occidente, 1923.
— Kant, Reflexiones de centenario, Madrid, ib., 1928.
ORÚE (J. R. DE): La soberanía de los Estados y su necesaria evolución, revista Universidad, Zaragoza, 1926.
PAGANO: Autonomia ed eteronomia nel diritto, en Riv. int. di Fil. del diritto, VI, 1926.
PETRASCHEK: System der Rechtsphilosophie, Herder, Freib. i. Br. 1932.
PICARD: Le droit pur, Bruxelles, 1899.
PITAMIC: Denkökonomische Vorausseutzungen der Rechtswissenschaft, en Zeitschrf. öff. Recht, 1917 (primera época).
— Plato, Aristoteles und die reine Rechtslehre, en Zeitschr. öff. Recht, Bd. II.
— Kritische Bemerkungen zum Gesellschafts-, Staats- und Gottesbegriff bei Kelsen, en Zeitschr. öff. Recht, Bd. III.
— Les déformations du raisonnement, sources d'erreurs dans les théories de l'Etat, en Rev. int. de la th. du droit, I.
POSADA: Teoría social y jurídica del Estado, 1923.
— Tratado de Derecho político, Madrid, Suárez, 1923-1924.
RADBRUCH: Grundzüge der Rechtsphilosophie, 1914 (*).

(*) Citado en el texto: *Rechtsphilosophie.*

RADBRUCH: Introducción a la ciencia del Derecho, versión castellana, Madrid, Editorial Revista de Derecho privado, 1930.
— Rechtsphilosophie, 3. Aufl., Leipzig, Quelle u. Meyer, 1932.
RAPISARDI-MIRABELLI: Fastigi nuovi del Diritto internazionale celebrati dalla "reine Rechtslehre", en Riv. int. di Fil. del diritto, V, 1925.
RECASÉNS SICHES: La Filosofía jurídica del padre Suárez, Madrid, Suárez, 1927.
— Direcciones contemporáneas del pensamiento jurídico, Barcelona, Labor, 1928.
— Adiciones a la Filosofía del Derecho de Del Vecchio, Barcelona, Bosch, 1930.
— La unitat de la construcció jurídica i el Dret internacional (Un estudi de filosofia del Dret internacional), Barcelona, Miscellània Patxot, 1930.
— Misión y perspectiva de la Filosofía del Derecho (inédita).
REINACH: Die apricrischen Grundlagen des bürgerlichen Rechts, 2 Aufl., Halle, 1922.
REISDORF: Die Grundlegung der Rechtswissenschaft, Berlín und Bonn, 1930.
RENARD: Le Droit, la Justice et la Volonté, París, Recueil Sirey, 1924.
— La valeur de la loi, París, Recueil Sirey, 1928.
— Théorie de l'institution. Essai d'ontologie juridique, París, Recueil Sirey, 1930.
RÍOS (F. DE LOS): Estudio preliminar a la versión de la Teoría general del Estado de Jellinek, Madrid, Suárez, 1914.
— Prólogo a la versión de la Introducción a la ciencia del Derecho de Radbruch, Madrid, Ed. Rev. de Derecho privado, 1930.
RIPPERT: La règle morale dans les obligations civiles, 2.ª ed. 1927.
ROFFENSTEIN: Kelsens Staatsbegriff und die Soziologie, en Zeitschr. öff. Recht, Bd. IV.
ROGUIN: La science juridique pure, Lausanne, 1923.
ROSS: Bemerkungen zur Kelsens Rechtstheorie, en Jur. Blätter, junio de 1930.
RUIZ DEL CASTILLO: Estudio preliminar a la versión de los Principios de Derecho público y constitucional de Hauriou, Madrid, Reus, 1927.
— La doctrine de la personnalité de l'Etat, en Mélanges Hauriou, París, Recueil Sirey, 1929.
— Valore e limiti nella concezione formale della sovranità, en Riv. int. di Fil. del diritto, XII, 1932.
SALOMON: Grundlegung zur Rechtsphilosophie, 1919.
— Die Rechtswissenschaft und die Philosophie des "Als Ob", en Arch. Rechts- u. Wirtschaftsphil., Bd. XIII.
SANDER: Rechtsdogmatik oder Theorie der Rechtserfahrung? en Zeitschr. öff. Recht, Bd. II.

SANDER: Kelsens Rechtslehre, Tübingen, bei Mohr, 1923.
— Staat und Recht als Probleme der Phänomenologie und Ontologie, en Zeitschr. öff. Recht, Bd. IV.
— Das Verhältnis von Staat und Recht, en Arch. öff. Rechts. neue Folge, Bd. 10, 1926.
— Das Recht als Sollen und das Recht als Sein, en Arch. Rechts. u. Wirtschaftsphilosophie, Bd. XVII.
SANTI ROMANO: L'Ordinamento giuridico, 1918.
SAUER: Lehrbuch der Rechts- und Sozialphilosophie, Berlín-Grunewald, 1929.
— Filosofía jurídica y social, versión castellana, Barcelona, Labor, 1933.
SAUTER: Die philosophischen Grundlagen des Naturrechts, Wien, Springer, 1932.
SCHAPP: La nueva ciencia del Derecho, versión castellana, Revista de Occidente, 1931.
SCHELER: Der Formalismus in der Ethik und die materiale Wertethik. Neuen Versuch eines ethischen Personalismus, Halle, 1921 (2. Aufl.).
SCHÖNFELD: Rechtsgeschichte gegen Rechtsphilosophie? en Arch. Rechts- u. Wirtschaftsphilosophie, Bd. XXII.
— Von der Rechtserkenntnis. Eine metaphysische Studie, Walter de Gruyter, Berlín u. Leipzig, 1931.
SCHREIER: Grundbegriffe und Grundforme des Rechtes, Leipzig u. Wien, 1924.
— Eine französische reine Rechtslehre, en Rev. int. de la th. du droit, II.
— Die Interpretation der Gesetze und des Rechtsgeschäfts, Wien und Leipzig, 1927.
SCHMITT: Politische Theologie, Duncker und Humblot, München und Leipzig, 1922.
— Verfassungslehre, Duncker und Humblot, München und Leipzig, 1928.
— La defensa de la Constitución, versión castellana, Barcelona, Labor, 1931.
SCHWIND: Grundlagen und Grundfragen des Rechtes, München, 1928.
SCHWINGE: Der Methodenstreit in der heutigen Rechtswissenschaft, Bonn, 1930.
SEIDLER: Die Theorie des Rechtes und ihre Grenzen, en Philosophie und Recht, I, 1920-1921.
SMEND: Verfassung und Verfassungsrecht, Duncker u. Humblot, München und Leipzig, 1928.
SOMLO: Juritische Grundlehre, 2. Aufl. Leipzig, 1927.
SPANN: Gesellschaftslehre, Leipzig, Quelle und Meyer, 1914 (nueva edición en 1929).
— Kategorienlehre, 1921.
— Der Wahre Staat, 1924.

SPANN: Bemerkungen ueber das Verhätnis von Sein und Sollen, en Zeitschr. öff. Recht, Bd. III.
— Sozialphilosophie, München, Oldenbourg, 1928.
STAMMLER: Lehrbuch der Rechtsphilosophie, 2. Aufl., Berlín und Leipzig, Walter de Gruyter, 1928.
STOCKHAMMER: Begriff und Bedeutung der Rechtspositivität, en Zeitschr. öff. Recht, Bd. VIII.
SUKIENNICKI: La souveraineté des Etats en droit international, 1924.
TASSITCH: Le réalisme et le normativisme dans la science juridique, en Rev. int. de la th. du droit, vols. I, II y III.
TATARIN-TARNHEYDEN: Staat und Recht in ihren begrifflichen Verhältnis, en Festgabe für Stammler, 1926.
TEZNER: Rechtslogik und Rechtswirklichkeit, Wien, 1925.
TRIEPEL: Les rapports de système entre le droit interne et le droit international, en Rev. des Cours, 1923, I.
TSATSOS: Der Begriff des positiven Rechtes, Heidelberg, 1928.
VAN SAUTEN: Le problème de la souveraineté des Etats et le droit international, en Rev. de droit int. et Lég. comparée, 1930.
VERDROSS: Zur Konstruktion des Völkerrechts, en Zeitschrift für Völkerrecht, VIII, 1914.
— Grundlagen und Grundlegungen des Völkerrechts, en Niemeyers Zeitschrift für internationales Recht, XXIX, 1921.
— Die Einheit des rechtlichen Weltbildes, Tübingen, bei Mohr, 1923.
— Die Verfassung der Völkerrechtsgemeinschaft, Wien, Springer, 1926.
— Die gesellschaftswissenschaftlichen Grundlagen der Völkerrechtstheorie, en Arch. Rechts- u. Wirtschaftsphil. Bd. XVIII.
— Le fondement du droit international, en Rec. des Cours, 1927.
— Die Rechtstheorie Hans Kelsens, en Jr. Blätter, octubre de 1930.
VÖGELIN: Reine Rechtslehre und Staatslehre, en Zeitschr. öff. Recht, Bd. IV.
WALZ: Zwei Grundproblemen des Völkerrechts, en Arch. Rechts- u. Wirtschaftsphil. Bd. XXII.
WEYR: Rechtsphilosophie und Rechtswissenschaft, en Zeitschr. öff. Recht, Bd. II.
WIELIKOWSKI: Die Neukantianer in der Rechtsphilosophie, München, 1914.
WINTERNITZ: Zum Gegenstandsproblem der reinen Rechtslehre, en Zeitschr. öff. Recht, Bd. III.
ZEUNER: Dinamik und Statik in der Staatsrechtslehre, en la Rev. int. de la th. du droit, vol. III.

INDICE

CAPITULO III

Los conceptos jurídicos fundamentales

CAPITULO IV

PRODUCCIÓN Y REALIZACIÓN DEL ORDEN JURÍDICO ESTATAL

CAPITULO V

La teoría jurídica de Kelsen comparada con otras teorías afines

CAPITULO VI

Los ingredientes filosóficos de la teoría pura del Derecho

Segunda Parte

CRITICA Y SUPERACIÓN

CAPITULO VII

La teoría pura del Derecho como teoría del conocimiento jurídico

---

CUELLO CALÓN (EUGENIO). — **Cuestiones penales relativas al aborto.** (¿Punibilidad del aborto o libertad de abortar? El aborto "honoris causa". Aborto terapéutico. Aborto en caso de violación, etc.) — Un volumen en 8.º (14 × 21), con 136 páginas. 1931. **5** pesetas.

— **Exposición del Código penal reformado de 1932.** — Un volumen en 4.º (15 ½ × 23), con 240 páginas. 1933. En rústica, **15** pesetas. En tela, **18** pesetas.

DIENA (JULIO). — **Derecho internacional público.** — Traducción de la 3.ª edición italiana, con referencias al Derecho español, por J. M. Trías de Bes y J. Quero Molares. — Un volumen en 4.º (16 × 23), con XII + 712 pginas. 1932. En rústica, **35** pesetas. En tela, **38** pesetas.

EICHMANN (DR. EDUARDO). — **Manual de Derecho eclesiástico a tenor del Codex juris canonici.** — Traducción de la 3.ª edición alemana por T. Gómez Piñán. — Dos tomos en 4.º (15 ½ × 23), con 360 y 600 páginas. 1931. En rústica, **40** pesetas. En tela, **46** pesetas.

Tomo I. — *Introducción. Parte general. Derecho de personas.*
Tomo II. — *Derecho de cosas. Derecho procesal. Derecho penal.*

— **El Derecho procesal según el Código de Derecho canónico.** — Versión al castellano con adiciones complementarias de Derecho español por Nicolás S. de Otto y Ambrosio Sanz Lavilla. — Un volumen en 4.º (15 ½ × 23), con XVI + 380 páginas. 1931. En rústica, **20** pesetas. En tela, **23** pesetas.

ENNECCERUS, KIPP Y WOLFF. — **Tratado de Derecho Civil.** — Traducción castellana, con estudios comparativos y de adaptación del texto a la legislación y jurisprudencia españolas, por Blas Pérez González y José Alguer Micó. *En curso de publicación.*

La obra consta de diez volúmenes en 4.º (18 × 25) y el precio de cada uno será aproximadamente de 30 pesetas en rústica y 36 pesetas encuadernado.

FERNÁNDEZ DE VELASCO CALVO (R.). — **Resumen de Derecho administrativo y de ciencia de la administración.** — Segunda edición. — Dos tomos en 4.º (15 ½ × 23), con 438 y 460 páginas y un Apéndice. 1930-32. En rústica, **37** pesetas. En tela, **43** pesetas.

— **Variaciones de Derecho y Política.** — Prólogo de Nicolás Pérez Serrano. Un volumen en 4.º (14 × 22), con 184 páginas. 1932. **8** pesetas.

FRANQUESA (JOAQUÍN). — **La Jurisprudencia y el Derecho Civil de Cataluña.** Noticia de la doctrina sentada en casación por el T. S. de J. en los asuntos civiles procedentes de la Audiencia Territorial de Barcelona, desde 1.º de enero de 1890 a 31 de diciembre de 1920. — Segunda edición. — Un volumen en 4.º (16 × 22 ½), con 260 páginas. 1925. En rústica, **12** pesetas. En tela, **15** pesetas.

GALLART Y FOLCH (A.). — **Las convenciones colectivas de condiciones de trabajo en la doctrina y en las legislaciones extranjeras y española.** — Un volumen en 4.º (14 × 22), con XVI + 312 páginas. 1932. En rústica, **15** pesetas. En tela, **18** pesetas.

— **Derecho Administrativo y Procesal de las Corporaciones de Trabajo,** seguido de las principales disposiciones legales y reglamentarias sobre la organización corporativa de trabajo. — Un volumen en 4.º (14 × 22), con 356 páginas. 1929. En rústica, **12** pesetas. En tela, **15** pesetas.

GAY DE MONTELLÁ (R.). — **Teoría y práctica de la Legislación de Aguas.** Ley de Aguas de 13 de junio de 1879, comentada con arreglo a los principios científicos y a la jurisprudencia civil y administrativa establecida por el Tribunal Supremo y seguida de toda la legislación complementaria. — Un volumen en 4.º (16 1/2 × 23), con 564 páginas. 1925. En rústica, **22** pesetas. En tela, **25** pesetas.

— **El servicio municipal de abastecimiento de aguas.** Legislación contenida en la Ley de Aguas de 1879, Estatuto municipal, Reglamento de Obras, bienes y servicios municipales, Reglamento de Sanidad, etc., y reglamentación relativa a la materia de auxilios del Estado para la ejecución de las obras de abastecimiento. — Un volumen en 4.º (16 1/2 por 22 1/2), con 127 páginas. 1928. **5** pesetas.

— **Tratado práctico de la Legislación Bancaria.** Recopilación sistemática de la legislación relativa al régimen legal de los Bancos y de las operaciones que efectúan y comentarios a las Instituciones que las rigen. — Un volumen en 4.º (18 × 25), con 400 páginas. En rústica, **20** pesetas. En tela, **24** pesetas.

— **Tratado de la Legislación comercial española** a base del Código de Comercio. Legislación y jurisprudencia mercantil. Segunda edición. Seis volúmenes en 4.º (14 × 22), con un total de 3.150 páginas. 1930. En rústica, **100** pesetas. En tela, **120** pesetas.

— **Jurisprudencia Mercantil Española y de los Impuestos de Utilidades y del Timbre.** Doctrina sentada por las Salas 1.ª, 3.ª y 4.ª del Tribunal Supremo de Justicia y por la Dirección General de Registros. (Resúmenes sistemáticos hasta 1924.) — Dos volúmenes en 4.º (16 × 22), con 408 y 220 páginas. S. A. En rústica, **26** pesetas. En tela, **32** pesetas.

— **Tratado práctico de Sociedades Anónimas** adaptado a la legislación mercantil y fiscal española, en colaboración con D. J. Coderch Niella. — Segunda edición. — Un volumen en 4.º (18 × 25), con 388 páginas. 1923. En tela, **24** pesetas.

— **Tratado práctico de Sociedades Mercantiles.** — Tercera edición. — Dos volúmenes en 4.º (14 × 22 1/2), con 280 y 476 páginas. 1930. En rústica, **25** pesetas. En tela, **31** pesetas.

— **La Ley de Utilidades de la Riqueza mobiliaria explicada y comentada.** Ley de 22 de septiembre de 1922, seguida de su legislación complementaria y de la Jurisprudencia sentada por el T. S., completada con las modificaciones introducidas hasta 1928. — Un volumen en 4.º (16 1/2 por 22 1/2), con 320 páginas. S. A. **12,50** pesetas.

— **Las Leyes de la Aeronáutica.** Legislación española comparada con la de las principales naciones de Europa y América, seguida de los Tratados españoles y Legislación internacional sobre la materia. — Un volumen en 4.º (16 × 22), con 444 páginas. 1929. En rústica, **20** pesetas. En tela, **23** pesetas.

GÓMEZ GONZÁLEZ (BARTOLOMÉ). — **Materias de Derecho Civil en sus relaciones con el Registro de la Propiedad con especial referencia del Derecho Catalán.** — Un volumen en 4.º (16 × 22 1/2), con 450 páginas. 1927. En rústica, **15** pesetas. En tela, **18** pesetas.

GUILLÉN E IGUAL (B.). — **La Letra de Cambio.** Tratado elemental de Derecho mercantil. — Un volumen en 8.º (14 × 19 1/2), con 185 páginas. 1930. En rústica, **5** pesetas. En tela, **7** pesetas.

HOSTENCH (Francisco). — **El derecho del despido en el contrato de trabajo.** El Derecho, la Ley y la Corporación. — Un volumen en 8.º (12 X 19), con 210 páginas. 1929. 4 pesetas.

— **El Código Ruso del trabajo.** (Código del Trabajo y de la previsión social de Francia y legislación social de Inglaterra y Alemania.) — Un volumen en 8.º (13 X 19), con 224 páginas. 1925. 4 pesetas.

LASKI (Harold J.). — **El Estado moderno.** *Sus instituciones políticas y económicas.* — Traducción, prólogo y notas por Teodoro González García. — Dos tomos en 4.º (15 X 23), con XXXII + 364 y 468 páginas. 1932. En rústica, 40 pesetas. En tela, 46 pesetas.

LEGAZ LACAMBRA (Luis). — **Kelsen. Estudio crítico de la teoría pura del Derecho y del Estado de la Escuela de Viena.** — Un volumen en 4.º (15 ½ 23), con 376 páginas. En rústica, 18 pesetas. En tela, 21 pesetas.

MASSÓ ESCOFET (C.) I GAY DE MONTELLÁ (R.). — **L'Estatut de Catalunya.** Text oficial comentat, amb referències legals i notes de la discussió parlamentària. — Un volumen en 4.º (14 X 22), con 205 páginas. 1933. En rústica, 8 pesetas. En tela, 11 pesetas.

MENGUAL Y MENGUAL (José M.). — **Elementos de Derecho notarial.** — Los tres tomos publicados forman volúmenes en 4.º (15 ½ X 23), con XII + 472, 570 y 496 páginas, respectivamente. 1931-33. Precio de cada tomo: En rústica, 20 pesetas. En tela, 23 pesetas.

Tomo I. — *Preliminares.*
Tomo II. (Vol. I). — *Introducción y parte general.*
Tomo II. (Vol. II). — *Introducción y parte general.* (Continuación.)

PELLA (Ramón). — **Casos prácticos en propiedad industrial.** — Patentes. — Marcas. — Procedimientos judiciales. — Un volumen en 8.º (13 ½ X 19), con 222 páginas. 1932. 5 pesetas.

PELLA Y FORGAS (José). — **Código Civil de Cataluña.** Exposición del Derecho Catalán comparado con el Código civil español. — Cuatro volúmenes en 4.º (16 ½ X 26), con 320, 228, 308 y 446 páginas. 1916. En rústica, 45 pesetas. En tela, 59 pesetas.

PLANAS Y CASALS (José). — **Derecho Civil español Común y Foral** según las explicaciones dadas por el autor en la Universidad de Barcelona, publicadas y anotadas por el Dr. D. Mariano Rubió y Tudurí. — Dos volúmenes en 4.º (16 ½ X 23), con 696 y 566 páginas. 1925. En rústica, 50 pesetas. En tela, 57 pesetas.

PONSÁ Y GIL (J.). — **Sociedades Civiles, Mercantiles, Cooperativas y de Seguros.** Tratado teórico-práctico con arreglo a nuestra Legislación y Jurisprudencia y a las principales legislaciones extranjeras. — Segunda edición ampliada extensamente. — Tres volúmenes en 4.º (16 X 12 ½), con 500, 492 y 568 páginas. S. A. En rústica, 45 pesetas. En tela, 54 pesetas.

REQUENA (Pedro S.). — **Comentarios a la Ley de Reforma agraria.** — Un volumen en 4.º (14 X 22), con 222 páginas. 1933. En rústica, 8 pesetas. En tela, 11 pesetas.

RICHARSON (J. H.). — **El desarme económico.** — Traducción del inglés por Teodoro González García. — Un volumen en 4.º (14 X 22), con 238 páginas. 1932. En rústica, 10 pesetas. En tela, 13 pesetas.

RIMBLAS Y RIMBLAS (José). — **Legislación española de divorcio.** Ley de 2 de marzo de 1932. Su interpretación auténtica. Derecho matrimonial español y canónico. Jurisprudencia. Comentarios y formularios. Doctrina. Legislación extranjera. — Un volumen en 4.º (14 × 22), con 256 páginas. 1932. En rústica, 10 pesetas. En tela, 13 pesetas.

ROCKOW (Lewis). — **El pensamiento político contemporáneo en Inglaterra.** — Traducido por Teodoro González García. — Un volumen en 4.º (14 × 22), con 400 páginas. 1933. En rústica, 15 pesetas. En tela, 18 pesetas.

ROIG Y BERGADÁ (José). — **Las sociedades de Responsabilidad Limitada.** — Segunda edición. — Un volumen en 8.º (12 × 19), con 233 páginas. 1930. 5 pesetas.

SALA Y ROVIRA (José M.ª) Y VERGÉS (Pedro). — **El Procurador de los Tribunales.** Contestaciones ajustadas al Programa vigente para los exámenes de aspirantes a ejercer el cargo de Procurador en el territorio de la Audiencia de Barcelona y redactado de los escritos a que se hace referencia en el párrafo 3.º del art. 27 del Reglamento de dichos exámenes. — Segunda edición. — Un volumen (16 ½ × 23), con 576 páginas. 1924. En rústica, 30 pesetas. En tela, 33 pesetas.

TRÍAS DE BES (J. M.). — **Derecho internacional privado.** *Sistema del Derecho español positivo.* — Un volumen en 4.º (14 × 22), con 160 páginas. 1932. 10 pesetas.

VALLÉS Y PUJALS (Juan). — **El contrato de cuenta corriente.** — Un volumen en 4.º (16 ½ × 22 ½), con 308 páginas. 1906. 5 pesetas.

— **Del préstamo a interés, de la usura y de la hipoteca.** — Un volumen en 4.º (14 × 22), con 256 páginas. 1933. En rústica, 10 pesetas. En tela, 13 pesetas.

VECCHIO (Giorgio del). — **Filosofía del Derecho.** — Traducción, prólogo y extensas adiciones por Luis Recasens Siches. — Dos volúmenes en 4.º (15 × 23), con XX + 532 y 316 páginas. 1929-30. En rústica, 35 pesetas. En tela, 41 pesetas.

Tomo I. — *Parte sistemática.*
Tomo II. — *Historia de las doctrinas.*

— **Los principios generales del Derecho.** — Traducción de Juan Ossorio Morales. — Un volumen en 4.º (14 × 22), con XL + 86 páginas. 1933. 6 pesetas.

WEBER (Adolfo). — **Tratado de Economía política.** *Una Introducción.* — Traducción directa de la tercera edición alemana por José Álvarez de Cienfuegos y Cobos. — Un volumen en 4.º (15 ½ × 23), con 628 páginas. 1931. En rústica, 25 pesetas. En tela, 28 pesetas.
